

# REVISTA DE DIREITO PÚBLICO

NO.12.1



2023  
ISSUE NO 3  
\$100,00

JULHO 2023

266 P.



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. 12, Nº 1, Julho 2023  
Londrina

RDP-PGM Londrina	Londrina	V. 12 – Nº 1	266 p.	Julho 2023
------------------	----------	--------------	--------	------------



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

---

## Conselho Editorial

Carlos Renato Cunha (Coordenador)  
João Luiz Martins Esteves  
Vinícius Caleffi de Moraes  
Rafael Diogo Diógenes Lemos  
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.12, n.1, (Jul, 2023) – Londrina, 2023.

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: jul. 2023

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**  
Ronaldo Gusmão

**Gerente de Serviços Públicos - GSP**  
Vinícius Caleffi de Moraes

**Gerente de Patrimônio Público, Urbanismo e Meio Ambiente - GPPUMA**  
Esthevam Lermen Eidt

**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**  
Renato Cavalcante Calixto

**Gerente de Licitações e Contratos – GLC**  
Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

**Diretor Técnico Orçamentário e Financeiro**  
Bruno Melanda Mendes

**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

Assessor-Técnico das Procuradorias-Gerais Adjuntas – ATPGA  
Lucas Ferreira Santana

Coordenadora de Apoio Administrativo ao Gabinete – CAA-Gab  
Karen Lumi Nakano da Luz

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  
João Paulo Sacchetto

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)**

Fábio César Teixeira

**Diretora Administrativa**

Lia Correia

**Diretor Financeira**

Leonardo Martin Garcia

**Diretor de Comunicação**

Sergio Corrêa

**Diretor de Eventos**

Ronaldo Gusmão

**Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos**

Rafael Diogo Diógenes Lemos

**Conselho Fiscal**

Vinícius Caleffi de Moraes

Sabrina Favero Rezende

Thaís Ferraz Martin Robles



## SUMÁRIO

EDITORIAL.....	09
<b>ARTIGOS</b>	
ORÇAMENTO PÚBLICO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE PARA COMBATER O CORONAVÍRUS NO BRASIL <i>Julia Portolese.....</i>	11
DUMPING CAMBIAL, O ACORDO SOBRE SUBSÍDIOS, SALVAGUARDA E MEDIDAS COMPENSATÓRIAS: PROBLEMAS PARA A LIVRE CONCORRÊNCIA <i>Lucas Pires Maciel Jonathan Barros Vita Claudinei Jacob Gottens.....</i>	35
O COMPLIANCE DIGITAL - INOVAÇÃO TECNOLÓGICA COM ÊNFASE EM PROTEÇÃO DE DADOS <i>Paulo Cesar Dias Ana Cristina Neves Valotto Postal Rodrigo Abolis Bastos.....</i>	59
CRÍTICA DA CULPA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA <i>Edson Matheus Dantas Vieira Wladimir Rocha França.....</i>	75
LIMITAÇÕES À RACIONALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS <i>Pedro Ribeiro Fagundes Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior.....</i>	97
AS DIFERENTES GARANTIAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E OS EFEITOS PRÁTICOS NO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL <i>Adilson Neri Pereira.....</i>	123
ASPECTOS PROCESSUAIS DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA <i>Antonio Carlos Lovato Luiz Alberto Pereira Ribeiro Beatriz Ribeiro Lopes Barbon.....</i>	147
PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE HIPERMODERNA <i>Micaela Ribeiro Zulmar Fachin.....</i>	167
O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA FORMAÇÃO A PARTIR DO USO PÚBLICO DA RAZÃO SOB A PERSPECTIVA KANTIANA <i>Natalia Branco Lopes Krawczun</i>	

<i>Clodomiro José Bannwart Júnior</i> <i>Thiago Ridolfi Ferreira</i> .....	185
A ADEQUAÇÃO À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO PODER PÚBLICO: ANÁLISE DO CASO CONCRETO DE LONDRINA/PR <i>Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho</i> <i>Renata Capriolli Zocatelli Queiroz</i> <i>Danylo Fernando Acioli Machado</i> .....	207
A EFICÁCIA SOCIAL DA TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO POSITIVO E AS CIÊNCIAS AMBIENTAIS <i>Fellipe Cianca Fortes</i> <i>Marlene Kempfer</i> .....	223
<b>PARECERES</b>	
PROJETO QUE PRETENDE PROIBIR A SOLTURA E A VENDA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO NO ÂMBITO LOCAL <i>Carlos Renato Cunha</i> .....	249

## EDITORIAL

Chegamos à 12<sup>a</sup> 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 com um trabalho consistente e relevante, que tem aumentado sua abrangência e impacto, culminando na avaliação do periódico com Qualis B1 da CAPES, no final de 2022.

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  
Julho de 2023.

**João Luiz Martins Esteves**  
Procurador-Geral do Município

**Carlos Renato Cunha**  
Coordenador da Revista

**Marcelo Moreira Candeloro**  
Presidente da APROLON

**Rafael Diogo Diógenes Lemos**  
Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos da APROLON



## ORÇAMENTO PÚBLICO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE PARA COMBATER O CORONAVÍRUS NO BRASIL

## PUBLIC BUDGET OF THE UNIFIED HEALTH SYSTEM TO FIGHT AGAINST THE CORONAVIRUS IN BRAZIL

Julia Portolese<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem como finalidade estudar a execução orçamentária designada a Sistema Único de Saúde para o enfrentamento da pandemia da Covid-19 durante o período de fevereiro de 2020 a junho de 2021. O ponto de partida deste estudo remete à data em que o Ministério da Saúde publicou o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Coronavírus. Para que abordemos a tempestividade, suficiência e qualidade das despesas sanitárias realizadas por todos os níveis da federação no decurso do período considerado, resta necessário ser discutida a execução orçamentária designada para o combate da pandemia com o planejamento que a concebeu segundo diretrizes operacionais essenciais, bem como, as finalidades a serem alcançadas. Desta maneira, visa-se analisar a execução orçamentária do SUS de acordo com o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pela Covid-19 após sua edição. Este artigo adota a relação temporal e temática que compreende o primeiro semestre de 2020 em que ocorreu uma coordenação nacional insuficiente com a fragilidade do planejamento sanitário e execução orçamentária deficitária e morosa pelo Ministério da Saúde em favor do arranjo federativo do SUS no enfrentamento à calamidade proveniente da Covid-19; esta prevê a curta duração da crise pandêmica e, por conseguinte, a vigência limitada no tempo do Orçamento de Guerra. Ainda, temos a avaliação do segundo semestre de 2020, período em que se deu a gestão pandêmica pelo calendário eleitoral municipal, ao que acrescenta-se impasse fiscal na tramitação do projeto de orçamento anual da União para o ano de 2021, sem prorrogação do Orçamento de Guerra previsto na Emenda 106 de 2021. Por fim, o primeiro semestre de 2021, quando houve descontinuidade da resposta sanitária com o acúmulo de mortes que poderiam ter sido evitadas, em razão do processo de aprovação do orçamento federal para o exercício financeiro do ano de 2021, além de ocorrer a abertura de créditos extraordinários para atender aos gastos previsíveis na continuidade do enfrentamento à pandemia em seu segundo ano. O estudo utilizará o método dedutivo com base na pesquisa bibliográfica exploratória da legislação, normas, doutrinas, jurisprudências e

---

<sup>1</sup> Doutorado em Direito Constitucional pela PUC/SP, Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP, Especialista em Direito Contratual pela PUC-SP, Graduada em Relações Internacionais pela PUC-SP e Direito pela FAAP-SP. Experiência Profissional em multinacional (ALLIANZ), empresa Deloitte, escritórios de advocacia (Ramacciotti Advogados; Trench, Rossi e Watanabe Advogados; Goulart e Colepicolo Advogados), órgãos públicos (Juizado Especial Cível- FAAP, Defensoria Pública da União de São Paulo, Foros Regional de Pinheiros e do Butantã e Faculdades de Direito PUC-SP e FAEL/PR. Atuação nas áreas Cível, Consumidor, Saúde, Contratos, Penal, Processo Penal, Empresarial, Investigação e Compliance, Educação e Pesquisa em Direito Constitucional. Cursos, palestras, congressos e bancas de exame de mestrado/doutorado em diferentes áreas do Direito e em Relações Internacionais. Cursos de línguas espanhola (Yázigi Internexus), inglesa (Centro Britânico) e italiana (Instituto de Cultura Italiana de São Paulo). Proficiências nas línguas inglesa pela PUC-SP e italiana pela USP e PUC/SP. Cursos de Informática (Pacote Office e Internet Explorer); Formação de Mediadores e Conciliadores na Escola Paulista de Magistratura, com estágio em Conciliação e Mediação de Família e Cível.

dados publicados sobre o tema, para analisar a importância do Orçamento Público empenhado na saúde ao combate à pandemia do Coronavírus no Brasil.

**Palavras-Chaves:** Orçamento Público. Sistema Único de Saúde. Plano de Contingência Nacional. Pandemia Covid-19. Política Pública de Saúde no Brasil.

#### ABSTRACT

The purpose of this article is to study the budget execution assigned to the Unified Health System to face the Covid-19 pandemic during the period from February 2020 to 2021. The starting point of this study refers to the date on which the Ministry of Health published the National Contingency Plan for Human Infection by the Coronavirus. In order to address the timeliness, sufficiency and quality of health expenses carried out by all levels of the federation during the period considered, it remains necessary to discuss the budget execution designated for combating the pandemic with the planning that conceived it according to essential operational guidelines, as well as and the purposes to be achieved. In this way, the aim is to analyze the budget execution of the SUS according to the National Contingency Plan for Human Infection by Covid-19 after its edition. This article adopts the temporal and thematic relationship that comprises the first half of 2020 in which there was insufficient national coordination with the fragility of health planning, deficient and slow budget execution by the Ministry of Health in favor of the federative arrangement of the SUS in facing the calamity arising from Covid-19. It provides for the short period of the pandemic crisis and, therefore the limited duration of the War Budget. Also, we have the evaluation of the second half of 2020, period in which the pandemic management took place by the municipal electoral calendar that there is a fiscal "impasse" in the processing of the Union's annual budget project for the year 2021, without extension of the War Budget provided for in Amendment 106 of 2021. Finally, in the first half of the 2021 fiscal year, there was also continuity of the health response with the accumulation of deaths that could have occurred in the year of approval of the budget for the 2021 financial year, in addition to the opening of extraordinary credits to meet expenditures predictable in the continuity of the fight against the pandemic in its second year. This study will use the deductive method to explore bibliographic research from laws, norms, doctrines, jurisprudence and published data related to the subject, in order to analyze the importance of Public Budget committed to health in the fight against Coronavirus pandemic in Brazil.

**Keywords:** Public Budget. Health Unic System. National Contingency Plan. Covid-19 Pandemic. Public Health Policy in Brazil.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Coronavírus; 3 O Coronavírus em 2020 e 2021; 4 Aprendizado para a Política Pública de Saúde do Brasil; Conclusão; Referências.

## I INTRODUÇÃO

O Plano de Contingência Nacional é a referência teórico-institucional sobre o que deveria ter sido feito diante da realidade brasileira; os três eixos temporais serão abordados com fundamento em dados que correspondem ao acompanhamento da execução orçamentária do Fundo Nacional de Saúde em relação aos créditos extraordinários abertos para combate da calamidade sanitária proveniente da Covid-19 (PINTO, 2021); acompanhamento das despesas mundiais com a Covid-19 do Governo Federal mantido pela Secretaria do Tesouro Nacional (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL DO BRASIL, 2020-2022); manifestações técnicas das instâncias competentes no controle e fiscalização sobre a execução do orçamento federal no SUS perante a gestão da crise sanitária causada pelo Covid-19: Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Saúde e Tribunal de Contas da União; artigos e notícias divulgadas na internet pela imprensa.

Na segunda parte deste artigo será tratado o tema das vulnerabilidades da execução orçamentária do Sistema único de Saúde no decurso do final dos últimos dezoito meses em que a pandemia da Covid-19 se desenvolveu e espalhou pelo Brasil. Por conseguinte, será analisada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 822 do Distrito Federal, a qual trouxe o “estado de coisas inconstitucional na condução das políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde, considerada a pandemia covid-19”. Esta apreciação do Supremo Tribunal Federal deve ser discutida pela Comissão Preliminar de Inquérito sobre Pandemia, para que se possa buscar alternativas institucionais referentes às perdas e sofrimentos oriundos da crise sanitária da Covid-19.

Por fim, serão comentadas como situações que requerem investigação complementar que a CPI da Pandemia no Senado venha a analisar os impasses na execução orçamentária do SUS durante o combate à Covid-19 nos períodos referentes aos exercícios financeiros de 2020 e 2021. O estudo será elaborado por meio do método dedutivo com fundamento em pesquisa bibliográfica exploratória da legislação e normas vigentes, doutrinas, jurisprudências e dados públicos sobre o tema e seus desdobramentos. Diante dos resultados coletados será analisada a relevância do Orçamento Público destinado à saúde no enfrentamento à pandemia do Coronavírus no Brasil.

## 2 PLANO DE CONTINGÊNCIA NACIONAL PARA INFECÇÃO HUMANA PELO CORONAVÍRUS

O Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pela Covid-19 determinou o que deveria ser feito e quem deveria agir para resguardar eficiente e ágil medida sanitária brasileira diante da Covid-19. Desta maneira, foram estipulados três níveis de resposta estatal e respectivas providências de atuação operacional nos termos seguintes.

O nível de alerta diante do risco elevado de introdução do vírus SARS-Cov-2 no período em que não havia registro de casos suspeitos no território nacional, ainda que na data de 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial de Saúde tenha declarado emergência de saúde pública de proporção internacional em razão do surto do coronavírus (OPAS, 2020); o nível de perigo iminente perante a confirmação de caso suspeito, cuja primeira confirmação de Covid-19 no país se deu no dia 26 de fevereiro de 2020 (MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL, 2020).

Finalmente, o nível de emergência de saúde pública de importância nacional a partir da confirmação de transmissão local da Covid-19 no território nacional ou perante o reconhecimento de declaração de emergência de saúde pública de proporção internacional pela Organização Mundial de Saúde.

Ocorreu a declaração formal da emergência sanitária no Brasil por intermédio da Portaria número 188 de 2020 editada pelo Ministério da Saúde que informava sobre o nível de emergência se subdividir em etapas de contenção que busca identificar e conter a dispersão do vírus. A orientação do Plano consistia em recomendar e que fosse cumprida as ações de compra e abastecimento dos equipamentos de proteção individual, houvesse mecanismos de detecção dos casos suspeitos por meio de testagem ampla e estratégia de monitoramento domiciliar para evitar a ocupação de leitos (MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL, 2020); e a mitigação verificada a partir do registro de cem ocorrências de casos positivos da Covid-19.

As recomendações prescreviam a expansão da capacidade de oferta da atenção hospitalar para os casos graves, isolamento social, com o aumento da atenção primária à saúde para acompanhamento dos casos leves. Para cada uma dessas etapas foram elencadas estratégias de resposta, coordenadas de maneira federativa no SUS nas respectivas áreas: vigilância, suporte laboratorial, medidas de controle de infecção, assistência, assistência farmacêutica, vigilância sanitária no que tange às medidas de saúde em pontos de entrada dos portos, aeroportos e passagens de fronteiras, comunicação de risco e gestão (MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL, 2020). Contudo, havia sido declarada emergência em saúde pública de importância nacional pela Covid-19 por meio da Portaria MS 188 em fevereiro de 2020, de modo que devemos refletir se houve adequada, tempestiva e

suficiente resposta fiscal para as medidas consideradas necessárias ao combate do nível da emergência sanitária.

O setor administrativo-orçamentário sobre o Plano de Contingência Nacional elencou orientações emergenciais que implicavam a partir de fevereiro de 2020 demandas imediatas de ampliação dos gastos anteriormente previstos para o Sistema único de Saúde por meio de créditos adicionais suplementares, a geração de novos gastos públicos via créditos adicionais extraordinários. Diversas medidas descritas no Plano consistem em ações que propugnavam acelerada e suficiente garantia de custeio para combater a Covid19, conforme mencionadas a seguir.

Vigilância ao garantir que os serviços de referência notifiquem, investiguem e monitorem os casos confirmados para o vírus SARS-Cov-2 oportunamente; realizar a investigação do caso confirmado pela infecção humana pelo Coronavírus; manter a rede de vigilância e atenção à saúde organizadas sobre a situação epidemiológica do país e a necessidade de adoção de novas medidas de prevenção e controle da infecção humana pelo Coronavírus; disponibilizar equipes de resposta rápida para investigação de casos confirmados da infecção humana pelo Coronavírus em apoio aos Estados e Municípios; conduzir investigação epidemiológica e rastrear contatos de casos suspeitos e confirmados da infecção humana pelo Coronavírus; e divulgar amplamente materiais de educação em saúde para o trabalhador da saúde.

Suporte laboratorial ao garantir a execução dos fluxos para diagnóstico laboratorial para detecção de infecção humana pelo Coronavírus, junto a rede laboratorial de referência para os vírus respiratórios; garantir os insumos para diagnóstico da infecção humana pelo novo Covid-19 e outros vírus respiratórios para a rede laboratorial; apoiar os laboratórios na realização de diagnóstico de RT-PCR em tempo real para a infecção humana pelo Covid-19 consoante os procedimentos e recomendações da OMS, para os NIC e Lacen com capacidade de realização do diagnóstico; e apoiar e assegurar o transporte das amostras do Lacen ao laboratório de referência; assegurar a realização do diagnóstico de RT-PCR em tempo real e as análises complementares do vírus SARS-Cov-2 aos Laboratórios de Referencial Nacional e Regionais.

Assistência ao apoiar o funcionamento adequado e oportuno da organização da rede de atenção para atendimento ao aumento de contingente de casos de SG, SRAG e da infecção humana pelo Covid-19; apoiar o aumento de leitos, reativação de áreas assistenciais obsoletas ou contratação de leitos com isolamento para o atendimento dos casos de SG, SRAG e da infecção humana pelo Covid-19; orientar em situação de surto ou epidemia de casos de Coronavírus a organização da rede de atenção à saúde para disponibilidade de UTI que atenda a demanda de cuidados intensivos para casos graves, garantido adequado isolamento dos mesmos; reforçar a necessidade de assegurar proteção aos profissionais atuantes no atendimento aos casos suspeitos ou

confirmados da infecção humana pelo Covid-19 nos serviços públicos e privados consoante orientação da Anvisa.

Assistência farmacêutica ao assegurar estoque estratégico de medicamentos para atendimento sintomático dos pacientes; disponibilizar medicamentos indicados e orientar sobre organização do fluxo de serviço farmacêutico; e assegurar medicamento específico para os casos de SG e SRAG que compreendem a definição clínica para uso de fosfato de oseltamivir.

Vigilância sanitária ao implementar medidas de saúde em pontos de entrada como portos, aeroportos e passagens de fronteiras; intensificar a divulgação do material informativo para orientar os viajantes quanto a prevenção e controle da infecção humana pelo Covid19; e mobilizar a rede de vigilância em saúde, considerando os Planos de contingência locais, sobre a necessidade da preparação e adoção de medidas para o combate da infecção humana pelo Coronavírus.

Comunicação de risco ao elaborar de forma conjunta com a área técnica materiais informativos, educativos sobre o Covid-19 e distribuí-los para a população, profissionais de saúde, jornalistas e formadores de opinião; disponibilizar material de divulgação para reprodução nos Estados e Municípios, órgãos que compõem o GEI e outros Parceiros; disponibilizar materiais informativos, educativos trilingues para os aeroportos, portos e fronteiras; disponibilizar peças publicitárias a serem veiculadas nos distintos meios de comunicação; disponibilizar material informativo, educativo para públicos específicos como gestores, profissionais de saúde, viajantes e escolas.

Gestão ao promover ações integradas entre vigilância em saúde, assistência, Anvisa e outros órgãos envolvidos na prevenção e controle do vírus SARS-COV-2; assegurar e monitorar estoque estratégico de insumos laboratoriais para diagnóstico da infecção humana pelo Coronavírus; assegurar e fiscalizar estoque estratégico de medicamento para o atendimento de casos suspeitos e confirmados para o vírus SARS-COV-2; promover ações de educação em saúde referentes à promoção, prevenção e controle da vírus SARS-COV-2; identificar fomentos para as ações emergenciais no combate do vírus SARS-COV-2.

A lista de providências sanitárias supracitada foi publicada pelo Ministério da Saúde após a declaração de emergência de saúde pública a que se refere a Portaria MS 188 de fevereiro de 2020. O Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pela Covid-19 de fevereiro de 2020 necessitava ajustes e atualizações no decorrer do tempo, mas desde o princípio consolidava investigação técnico-científica sobre a doença e propunha caminhos internacionalmente testados à condução da política pública de saúde no Brasil.

A fim de cumprir o planejamento sanitário da pandemia, existia a necessidade do Ministério da Saúde pactuar sua execução com as Secretarias estaduais e municipais de Saúde no

âmbito da Comissão Intergestores Tripartite conforme prevê o artigo 14-A da Lei Orgânica do Sistema único de Saúde. Concomitantemente foi necessário que o Ministério da Saúde de forma efetiva coordenasse em âmbito nacional o sistema e mobilizasse as redes de ações e serviços públicos de saúde, consoante a competência e capacidade operacional de cada nível da federação. No entanto, o Plano de Contingência Nacional não foi executado enquanto núcleo da política pública de saúde durante a pandemia e não orientou os demais eixos de combate à Covid-19 nas esferas social e econômica.

### 3 O CORONAVÍRUS EM 2020 E 2021

As circunstâncias em que ocorreram tal descumprimento serão abordadas ao longo dos três semestres sob observação na gestão sanitária da calamidade oriunda do Coronavírus. O primeiro semestre de 2020 apesar de ter obtido um bônus temporário de meses para incorporar a experiência e o aprendizado construídos pelos gestores de saúde dos países asiáticos e europeus, onde a pandemia se desenvolveu inicialmente, a resposta sanitária brasileira à pandemia do Covid-19 foi lenta e insuficiente (SENADO FEDERAL DO BRASIL, 2021). Neste contexto, podemos dizer que as ações e omissões acumuladas no decorrer do primeiro semestre de 2020 foram relevantes para o agravamento da calamidade sanitária proveniente do Coronavírus nos semestres posteriores.

Não houve estruturação de equipes da saúde de família adequada e tempestiva para a testagem, o rastreamento e isolamento dos casos de Covid-19. O Plano Nacional de Contingência foi descumprido em razão de impasses federativos e por conta da morosidade orçamentário-financeira da resposta sanitária, acrescido de duas transições na liderança e gestão do Ministério da Saúde. Na data da edição da Portaria 1666 em julho de 2020, o Ministério da Saúde ainda não tinha fortalecido a capacidade de resposta dos entes subnacionais na esfera do Sistema único de Saúde, para atuar no enfrentamento à pandemia.

A insuficiente transferência de recursos aos fundos no primeiro semestre de 2020 pode ser verificada a partir da execução orçamentária do Fundo Nacional de Saúde (PINTO, 2021, p. 81). A análise de baixa execução orçamentária em benefício do Sistema único de Saúde pelo Governo Federal nos primeiros meses de combate à Covid-19 foi objeto de investigação pelo Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Saúde e Tribunal de Contas da União.

Ocorreu o acompanhamento realizado pelo Tribunal de Contas da União a respeito da atuação do Ministério da Saúde durante a pandemia ao longo de cinco relatórios realizados nos autos do TC 014.575 de 2020-5. Este nos traz a fiscalização do primeiro semestre de 2020, a partir do

qual o Tribunal de Contas da União demonstrou equívocos consolidados no Acórdão 1335 de 2020-Plenário, julgado em 27 de maio de 2020.

Cumprе salientar o desarranjo causado pelo envio do projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias da União para 2021, fundamentado na projeção que a pandemia chegaria ao fim em 31 de dezembro de 2020 conforme Decreto Legislativo 6 de março de 2020. Em abril de 2020 a agenda de retomada do teto de despesas primárias em seguida do ano posterior ao do Orçamento de Guerra. Tal regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para combate da calamidade pública nacional oriunda da pandemia foi concebido pela proposta de Emenda à Constituição 10 de 2020. Esta foi apresentada em abril do ano de 2020, aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada em maio como Emenda Constitucional número 106 de 2020.

A escolha realizada para atender à demanda converteu-se em resposta fiscal excepcional perante situação de desenvolvimento do Coronavírus nos dois semestres subsequentes, revelando-se equivocada, uma vez que a partir de abril de 2020, a possibilidade de continuidade e agravamento da pandemia (AGÊNCIA FRANCE-PRESSE. 2020; VALOR GLOBO, 2020). A vigência do Orçamento de Guerra deu causa à qualidade insuficiente do planejamento orçamentário para o exercício financeiro seguinte com disputa no decurso da tramitação do PLDO-2021 e projeto de lei de orçamento anual 2021. Não foi instalada a Comissão Mista de Orçamento conforme previa o artigo 166 da Constituição de 1988 em 2020, o que fez o PLDO-2021 ser apreciado pelo Congresso Nacional em dezembro de 2020 (LIMA, 2020). O PLOA-2021 foi aprovado em março de 2021 e sancionado em abril de 2021 (SENADO FEDERAL DO BRASIL, 2021).

Esta situação era prevista e a partir de abril de 2020 existia a proposta de sugestões de aprimoramento do debate fiscal brasileiro sobre o PLDO-2021. A primeira sugestão foi alterar o prazo de vigência da calamidade pública proveniente do Coronavírus para superar o lapso de 31 de dezembro de 2020 com a finalidade que haja um marco final condizente com o tempo necessário ao combate da crise sanitária, social e econômica atual.

A segunda consideração foi modificar constitucionalmente o teto atribuído pela Emenda 95 de 2016, incluindo os fins de formulação do projeto de lei orçamentária federal de 2021 (PINTO, 2020). Desta forma, a morosidade na estruturação federativa do Sistema Único de Saúde e em projetar a curta duração fiscal no PLDO-2021 e a EC 106 de 2020 no combate à pandemia marcaram o primeiro semestre de 2020, identificando as vulnerabilidades verificadas nos dois semestres subsequentes. Enquanto isso, nos entes subnacionais a ausência de coordenação federativa em relação a um plano nacional de enfrentamento à pandemia originou a dispersão de estratégias que posteriormente foram tidas como inadequadas e situada na esfera de risco de prejuízo ao erário.

A título de ilustração mencionamos o oneroso e potencial abuso com a contratação de instalações provisórias de leitos de UTI para hospitais de campanha, uma vez que existia a

possibilidade de manejo da capacidade instalada existente nas redes pública e privada de assistência hospitalar. A despesa envolvida nos Municípios fiscalizados pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo durante o período de março a maio de 2020, alcançava o valor de duzentos e vinte e sete milhões de reais de um total de um bilhão de reais contratado para a instalação e o gerenciamento de sessenta e três hospitais de campanha (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2020).

O exemplo supracitado demonstra que não foi estabelecido no federalismo sanitário brasileiro as iniciativas prioritárias que deveriam ser observadas por cada nível de atuação municipal, estadual e nacional de maneira transparente e econômica conforme deveriam ser celebradas as parcerias com a iniciativa privada ao longo das demandas de contratação em benefício da resposta adequada para o erário e a sociedade. A pandemia do Covid-19 ilustrou uma desorganização operacional na esfera do Sistema Único de Saúde, amparada pela excepcionalidade e urgência da calamidade sanitária na autorização de regras flexibilizadas para contratação e prestação de contas.

De acordo com o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo os contratos efetivados até maio de 2020 com dispensa de licitação para combater o Covid-19 atingiu a quantia de R\$ 1.018.894682,77 bilhão de reais (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2020). Grande parte desses contratos foi necessária à finalidade que justificou tal pactuação, mas, a ausência de coordenação nacional, um planejamento sanitário específico e celebrado entre os níveis da federação ocasionou a ampliação e ocorrência de custos superpostos, prejudiciais ao erário (CROQUER, 2021)

O segundo semestre de 2020 foi marcado por três focos de tensões, quais sejam:

As eleições municipais em novembro; o impasse orçamentário nos debates do PLDO de 2021 e PLOA de 2021 da União diante da escolha pela curta vigência do regime excepcional do Orçamento de Guerra com término em 31 de dezembro de 2020 e, pela retomada do teto atribuído pela Emenda 95 de 2016 no segundo ano de combate à pandemia. Esta projeção fiscal no campo do Sistema Único de Saúde foi discutida pelo Conselho Nacional de Saúdes na Recomendações 49 de julho de 2020 e 71 de dezembro de 2020, referentes à indicação de medidas corretivas de gestão para o Ministério da Saúde a partir da análise dos Relatórios de Prestação de Contas do primeiro e segundo quadrimestres de 2020. Por fim, a análise da capacidade de oferta do mercado internacional diante das demandas mundial e interna brasileira realizadas pelo governo federal, para fins de contratação tempestiva e suficiente de vacinas conforme traz o Instituto de Direito Sanitário e a Associação Brasileira de Economia da Saúde.

No período supramencionado o Tribunal de Contas da União elaborou relatórios de acompanhamento sobre a atuação do Ministério da Saúde durante a pandemia conforme TC 014.575 de 2020-5. Ainda, os Acórdãos 1888, 2817 e 4049 de 2020-Plenário, julgados em 22 de julho, 21 de outubro e 8 de dezembro, constataram a insuficiente coordenação nacional e ausência de

planejamento para cumprir as diretrizes do Plano de Contingência Nacional para o Coronavírus. Os dados do Tribunal de Contas da União demonstram a posição do Ministério da Saúde sobre sua função de coordenar a federação durante a crise de pandemia no território nacional, o que foi agravado pela polarização político-partidária proveniente do calendário eleitoral municipal. Neste sentido, atenta-se à investigação adicional o aumento dos repasses efetivados pelo Fundo Nacional de Saúde aos fundos municipais de saúde no valor que perfaz aproximadamente quatorze bilhões de reais no segundo semestre de 2020, enquanto que no mesmo período houve a queda no volume de recursos destinados aos fundos estaduais e à aplicação pelo Ministério competente, consoante Acórdão do TCU 2817 de 2020-Plenário. Observa-se em relação ao acompanhamento dos dados realizado em junho de 2020, o incremento das dotações designadas aos fundos municipais de saúde, a redução de dotações para aplicação direta e aos fundos estaduais de saúde ao indicar o remanejamento das dotações entre estas modalidades de aplicação, verificando-se incremento no valor repassado aos Municípios na quantia de dezenove bilhões de reais (IDISA, 2021).

Ainda, destaca-se expansão de repasses aos fundos municipais de saúde em período próximo às eleições locais; as denúncias de deliberação das Emendas parlamentares em um Orçamento Secreto que afeta a execução orçamentária do Ministério da Saúde no segundo semestre de 2020 (RODRIGUES; PIRES, 2021). Bem como, o impasse fiscal na tramitação do projeto do orçamento anual da União para 2021 sem prorrogação do Orçamento de Guerra disposto na Emenda 106 de 2021, cuja consequência foi a permissão que o Poder Executivo federal contasse de forma inconstitucional com créditos extraordinários para atender a gastos projetados no segundo ano de combate ao Coronavírus.

O Conselho Nacional de Saúde informou no segundo semestre de 2020 a insuficiência do orçamento federal de 2021 referente ao custeio necessário ao Sistema Único de Saúde durante o período de pandemia. A relação entre os tópicos supra traz os prejuízos sanitários causados pelo discurso de restrição fiscal no período de pandemia, o que não é verdadeiro conforme denúncia sobre a inconstitucionalidade e inexequibilidade da LOA de 2021 realizada pela Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Planejamento e Orçamento (ASSECOR, 2021). O segundo semestre de 2020 demonstrou que a crise sanitária foi agravada pelo impasse fiscal, o qual possibilitou acordos patrimonialistas de curto prazo eleitoral. O modelo fiscal adequado para o Brasil consiste na integração entre planejamento e orçamento em tempos ordinários e extraordinariamente perante a Covid-19, haja vista que a sociedade que não possui um planejamento tem que aceitar o resultado que se apresenta. Caso não exista um diagnóstico dos problemas que demandam a atuação do Estado, a ausência de prioridades no seu combate e formulação de prognóstico adequado para cada problema, a despesa pública se torna uma opção de vontade do governante e dos parlamentares de sua base de apoio nos três níveis da federação.

Desta maneira, o curto prazo eleitoral e trato patrimonialista de recursos públicos substituem o planejamento no ciclo orçamentário por um arranjo político-partidário que se satura de regras fiscais superpostas para posteriormente violá-las. O conceito de responsabilidade fiscal é encontrado no artigo 1º, §1º da Lei Complementar 101 de 2000 e apresenta a seguinte redação "*ação planejada e transparente em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio nas contas públicas*".

As ações planejar, prevenir e corrigir consistem em ações de trato contínuo em um ciclo de identificação e resolução de problemas sociais escolhidos como prioridades estatais. O país caminha no sentido oposto ao estabelecer regras fiscais que determinam formalmente somente limites formais rígidos, mas suscetíveis a violações. O cenário fiscal do Brasil foi construído como um suporte normativo aparentemente forte, porém vazio. Há regras fiscais em grande quantidade no Brasil que prejudicam a gestão dos escassos recursos públicos, na medida em que interditam a discussão orçamentária sobre a ordenação legítima de prioridades consoante o planejamento setorial de políticas públicas. Neste período de pandemia, tal panorama fiscal, manipulável em bases político-partidárias, colaborou para o resultado de inúmeras mortes evitáveis.

O semestre de 2021 para os fins orçamentários, traz um exercício financeiro que iniciou em abril com a promulgação da Lei 14144 (Lei Orçamentária Anual Federal). Antes desta, mortes se acumularam e foi descontinuado o pagamento do auxílio emergencial, situações estas que contribuíram para o agravamento da pandemia e desigualdade brasileira. Em março a instabilidade política na condução nacional da pandemia foi verificada a partir da posse do quarto Ministro da Saúde no espaço de tempo de um ano de calamidade sanitária (ISTO É, 2021). Anterior a este período, em março de 2020 foi promulgada a Emenda Constitucional 109 para permitir a retomada do auxílio emergencial e aprimorar as regras fiscais do país. Esta demonstrou o erro de ter se estipulado vigência curta para a Emenda do Orçamento de Guerra (EC 106 de 2020) até 31 de dezembro de 2020 e, ainda, não ter sido revista a lista de exceções ao teto (§6º do artigo 107 do ADCT), para que fosse possível custear a ação estatal suficiente e planejada no segundo ano da pandemia do Coronavírus em suas esferas sanitária, econômica e social. A Emenda Emergencial reiterou o equívoco ao conceber um limite curto e imprudente de R\$ 44 bilhões nos termos do artigo 3º, §1º da EC 109 no que pertine à prorrogação do auxílio emergencial, para manter a intocabilidade do teto, enquanto o país acumulava dívida insustentável no primeiro semestre de 2021.

O relatório de acompanhamento feito pelo TCU sobre a atuação do Ministério da Saúde durante a pandemia no TC 014.575 de 2020-5 traz trechos do voto do Ministro Benjamin Zymler que evidenciam a perspectiva de uma tragédia, cuja ausência de correção de rumo no momento oportuno acarretou o acúmulo de mortes evitáveis. Em razão disto, o Ministério Público Federal ajuizou ação de improbidade administrativa em face do ex-Ministro da Saúde Eduardo Pazuello em

junho de 2021 para a responsabilização referente às ações e omissões danosas durante a sua atuação na esfera federal no período de calamidade sanitária do Coronavírus.

A ação do Ministério Público Federal conhecida como militarização do Ministério da Saúde foi sentida na execução orçamentária dos recursos do Sistema Único de Saúde, de modo que, é necessário a Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia, o Ministério Público Federal, Tribunal de Contas da União e Conselho Nacional de Saúde apurem a motivação e finalidade de despesas provenientes de recursos do Fundo Nacional de Saúde realizadas pelos órgãos militares. Ainda, cabe a bordar o contraste dessas aplicações ocorridas na Ação 21C0 por órgãos militares a partir das informações no portal do Tesouro Nacional durante os três semestres de combate à pandemia.

A hipótese de admissibilidade do custeio de gastos militares ordinários por intermédio de créditos extraordinários (artigo 167, §3º da CF) e ao teto de gastos primários a que dispõe a Emenda 95 de 2016. A título de ilustração em 2020 foram pagos com recursos provenientes de créditos extraordinários abertos em favor da Ação 21C0, ação destinada ao combate sanitário da Covid-19, gastos do Ministério da Defesa com material odontológico no importe de cinquenta e oito mil reais; material de uso zootécnico no valor de vinte e cinco mil reais; material educativo e esportivo no montante de três mil e quatrocentos reais; artigos de cama, mesa e banho no importe de duzentos e vinte e cinco mil reais; objetos de copa e cozinha no total de quatrocentos e trinta mil reais; uniformes, tecidos e aviamentos no valor de um milhão de reais; material, equipamentos, serviços para áudio, vídeo e foto no montante de setecentos mil reais; manutenção e conservação de bens imóveis no importe de seis milhões e duzentos mil reais; serviços de energia elétrica, água e esgoto, gás, serviços domésticos no total de cinco milhões e novecentos mil reais; veículos de tração mecânica na quantia de três milhões e seiscentos mil reais; despesas médico-hospitalares com materiais e serviços em aproximadamente cem milhões de reais, incluído a atenção a hospitais militares que se recusaram a ceder leitos para tratamento de pacientes civis com Covid-19 (FOLHA DE SÃO PAULO, 2021).

Em 2021 existe rol de gastos empenhados em benefício de órgãos militares com recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Saúde que requer fiscalização e cautela na avaliação das prestações de contas. As situações abordadas neste artigo trazem uma realidade de fragilidade na forma de operação do Sistema Único de Saúde. Para explorar tais impasses, históricos de subfinanciamento, a judicialização e disputa federativa na política pública de saúde estuda-se o escopo do estado de coisas inconstitucional no SUS realizada na ADPF 882 pelo Ministro Marco Aurélio.

#### 4 APRENDIZADO PARA A POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE DO BRASIL

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de violação generalizada aos direitos à vida e saúde na esfera da política sanitária é medida adequada ao combate da crise sistêmica proveniente da Covid-19. Cumpre salientar que não é atual a instabilidade operacional do Sistema Único de Saúde, mediante ações e omissões estruturais que acarretam o acúmulo de mortes evitáveis no federalismo sanitário brasileiro. Há tempos o Brasil passa por instabilidade de custeio promovida pela União na política pública de saúde, desvios e disputas nos entes subnacionais nos termos da Repercussão Geral 818 do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, normativos no dever federal de gasto mínimo em ações e serviços públicos de saúde conforme parâmetro prescrito no artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, impuseram uma trajetória federativa e regressiva nas Emendas 29 de 2020, 86 de 2015 e 95 de 2016.

Enquanto os patamares mínimos em saúde dos Estados e Municípios permanecem os mesmos desde a sua estipulação pela EC 29 de 2020 (respectivamente 12% e 15% da receita de impostos e transferências de impostos), o patamar mínimo federal no setor foi alterado por seis vezes. Para que tenhamos conhecimento da trajetória tendente à regressividade do dever federal de despesa mínima em saúde, o marco inicial do artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que propugnava a alocação mínima de trinta por cento do orçamento da seguridade social para a área da saúde. Esta porcentagem não foi cumprida de fato no ciclo do orçamento federal.

O artigo 2º, II da Lei 14144 de 2021 prevê a receita e estipula a despesa da União para o exercício financeiro vigente, o artigo 55 do ADCT duplica o patamar mínimo de despesas da União em saúde aproximadamente para duzentos e sessenta e um bilhões de reais. As regressivas modificações acrescidas de ações e omissões orçamentário financeiras nos decretos de contingenciamento, reduziram a participação do piso federal em saúde no montante global de recursos dos três níveis da federação ao setor, trouxeram o descumprimento das pactuações federativas celebradas no âmbito do Sistema Único de Saúde. A consequência destes redesenhos no piso federal em saúde fica visível na sobrecarga de custeio suportado pelos Estados e Municípios, cuja capacidade de arrecadação é inferior à da União. A participação federal diminuiu sessenta por cento no volume global de recursos públicos designados para o Sistema Único de Saúde em 2000 para quarenta e dois por cento em 2019, ocorrendo uma queda (PINTO, 2021, p. 75).

As ações e omissões que impuseram a regressividade na participação federal no custeio do SUS deveriam ser consideradas no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional mencionado na ADPF 822, pois tais condutas tornam precárias a política pública de saúde brasileira com a mitigação de suas garantias previstas na Constituição Federal de 1988 na parte de financiamento fiscal progressivo e arranjo orgânicofederativo (PINTO, 2017). Com a pandemia do

Coronavírus e o estado de emergência de saúde pública de importância internacional reconhecido pela Lei 13979 de 2020, essa fragilidade orçamentário-financeira do SUS restou inquestionável para a sociedade.

O alcance dos princípios da vedação de retrocesso e proteção insuficiente diante de ações e omissões orçamentário-financeiras que afetam a eficácia do direito à saúde requerem refutar o esvaziamento do arranjo orgânico-federativo e a desconstrução da garantia de piso de custeio da política pública de saúde causados pela União, mediante restrição orçamentária que nega cumprimento às pactuações celebradas no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite que traz o artigo 14-A da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde.

Neste contexto de demanda urgente ao atendimento à pandemia da Covid-19, a crise do Sistema Único de Saúde emerge como realidade expressivo contingente de mortes acumuladas em 2020 e 2021 provenientes do Coronavírus. O SUS se encontrava operacional e fiscalmente abalado diante da pandemia, em razão de sucessivas restrições, emendas constitucionais e operações contábeis que causaram retrocesso ao direito à saúde e mitigaram suas garantias de financiamento e arranjo federativo-orgânico. A pandemia exige dos Sistemas de Saúde das nações um esforço para prevenção e redução do contágio, mitigação dos danos ocasionados à saúde daqueles acometidos com os problemas respiratórios decorrentes. A velocidade da proliferação do vírus acrescida à necessidade de mobilização de equipes, serviços e leitos de Unidade de Terapia Intensiva por longos períodos para tratamento das pessoas afetadas causou níveis de estresses em sistemas de saúde.

Resta necessário assegurar a alocação do maior volume possível de recursos para o Sistema Único de Saúde a fim de resguardar o cumprimento das pactuações federativas celebradas na esfera da Comissão Intergestores Tripartite como no núcleo do piso em saúde e em conformidade com o cumprimento do federalismo sanitário. Cumpre salientar que, além da pandemia da Covid-19, o Brasil passa pelo adensamento da demanda reprimida no atendimento ordinário do Sistema Único de Saúde (COLLUCCI; FARIA, 2021) e o efeito de surgir com maior intensidade doenças antigas como o sarampo e a sífilis. Perante o subfinanciamento na saúde, o contexto de colapso do Sistema Único de Saúde em decorrência da pandemia do Coronavírus agrava a capacidade de resposta às demandas ordinárias do serviço público de saúde.

Em razão do teto fiscal trazido pela Emenda 95 de 2016 que mitiga a proporcionalidade entre o volume de receita e o piso federal de custeio em saúde, revela-se importante fiscalizar o retrocesso quantitativo em termos contábil-formal no esforço de estabelecer a irredutibilidade da lista de obrigações materiais que consubstanciam tutela ao direito. A calamidade pública prevista pelo Decreto Legislativo número 6 de 2020 demonstrou tratar-se de escolha política e

não impossibilidade técnica a decisão sobre o nível de recursos orçamentários e financeiros destinados à política pública de saúde no país.

A conformidade constitucional do descumprimento do artigo 31 da Lei 8080 de 1990 dispõe que o orçamento da seguridade social destine ao Sistema Único de Saúde os recursos necessários à realização de suas finalidades. A Lei Orgânica do SUS em consonância com a Constituição Federal de 1988 pautou relação de instrumentalidade entre as necessidades diagnosticadas no planejamento sanitário e os recursos destinados à política pública de saúde, posicionando aquelas à frente destes. A disponibilidade de recursos e necessidades de saúde foi orientada ao cumprimento das finalidades do Sistema Único de Saúde sem impor inicialmente restrição fiscal. Desta maneira, a dimensão protetiva do gasto mínimo em ações e serviços públicos de saúde deveria resguardar custeio para as necessidades e finalidades do SUS. O patamar mínimo constitucional é equação matemática que vincula certo volume de recursos a um conjunto de despesas, de forma que, há finalidades a serem cumpridas por intermédio do dever de aplicação mínima de recursos em saúde no âmbito de um arranjo federativo que visa a redução das disparidades regionais e o rateio equilibrado das responsabilidades e receitas entre os entes.

O artigo 196 da CF e a governança federativa do SUS propugna a imprescindibilidade do rateio federativo dos recursos com atenção ao artigo 198, §3º, II que foi regulamentado no artigo 17, §1º da Lei Complementar 141 de 2012. Então emerge a pactuação das obrigações e responsabilidades de cada ente da federação no SUS por meio da Comissão Intergestores Tripartite, aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde enquanto fonte do que deveria ser o piso em ações e serviços públicos de saúde ao que acrescentamos os planos previstos na legislação sanitária. A questão é que o pactuado pela rede de serviços contratados no SUS, os repasses fundo-a-fundo e programas para fins de transferências voluntárias tem excedido o piso federal contábil-formal, deixado de fazer correção monetária dos valores de referência dos programas e atrasado os repasses.

A União tendo pactuado na Comissão Intergestores Tripartite gerou compromissos federativos com os entes subnacionais, devendo cumprir tal pactuação, ainda que exceda ao piso sob pena de lesão ao dever de gasto mínimo material e ao pacto federativo. A mesma regra se aplica aos Estados que não cumprirem o pactuado na Comissão Intergestores Bipartite nos termos dos artigos 19, §1º da LC 141 de 2012 e 198, §3º, II da Constituição Federal de 1988. Cumpre salientar que, resta necessário fixar o regime jurídico do dever de aplicação em saúde atribuído pelo artigo 198 da CF de 88 que se refere ao cumprimento das obrigações legais e constitucionais de fazer em observância ao artigo 196 e do Sistema Único de Saúde a que tratam os artigos 198 e 200, ultrapassando o valor do piso em seu aspecto matemático.

A origem do estado de coisas inconstitucional no SUS consiste na inversão da equação entre as necessidades de saúde da população de um lado e a disponibilidade de recursos de

outro por intermédio do regressivo piso federal. Desta forma, reduziram o escopo e a exigibilidade das principais normas que mencionavam compatibilização entre as necessidades do SUS e os recursos a ele destinados com desarranjo federativo na vigência da Constituição Federal de 1988. O que se encontra em processo de fragilização é o direito fundamental à saúde e seu arranjo organizacional de proteção, haja vista que o Sistema Único de Saúde foi perdendo seu papel federativo de distribuição equitativa de responsabilidades administrativas e financeiras. O inadimplemento das pactuações federativas com o congelamento do piso federal em saúde durante o período de 2018 a 2036, quando a correção monetária foi assegurada anualmente nos termos do artigo 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a frustração do arranjo constitucional do SUS tem início com a precariedade do arrolamento dos riscos epidemiológicos e das necessidades de saúde da população para fins do devido planejamento sanitário e, por conseguinte, para a pactuação federativa na Comissão Intergestores Tripartite.

A União não permite pactuações que ultrapassem o patamar mínimo e as constrange para que permaneçam formalmente compatíveis com o subfinanciamento. Esta providência esvazia as responsabilidades recíprocas e paralisa a implementação do contrato de organização da ação pública da saúde previsto no Decreto 7508 de 2011. Trata-se de guerra fiscal de despesas no SUS que decorre da diferença de critério para a União em seu piso de custeio como propugnada pela Emenda Constitucional 29 de 2000 e agravada pelas Emendas 86 de 2015 e 95 de 2016. Este contexto demonstra inconsistências e até o advento da Lei Complementar 141 de 2012, a controvérsia sobre o que seria atribuído enquanto despesa em ações e serviços públicos de saúde originou operações contábeis e equívocos pelos Estados, de modo a acarretar demandas judiciais que o Supremo Tribunal Federal reconheceu existir repercussão geral na discussão sobre o controle judicial, referente ao descumprimento da obrigação dos entes federados na aplicação dos recursos orçamentários mínimos na área da saúde no período anterior à edição da lei complementar mencionada no artigo 198, § 3º da Constituição Federal.

A consciência da sociedade sobre a falta de equilíbrio em relação à governança federativa do Sistema Único de Saúde para fins de contenção do estado de coisas inconstitucional (ADPF 822), possibilita trazer a questão do déficit de eficácia do direito fundamental à saúde na busca da justiça orçamentária pertinente à consecução da política pública que o consubstancia. Reflexões jurídicas sobre o direito à saúde desvinculadas das considerações econômicas não tornam o direito factível à sociedade e não se prestam a prover as necessidades de saúde. Por isso, a importância da Resolução 640 de 2020 do Conselho Nacional de Saúde, a qual exige que o programa anual de saúde e as leis do ciclo orçamentário referentes ao exercício financeiro de 2021 assegurem financiamento para o cumprimento das pactuações federativas celebradas na esfera da Comissão Intergestores Tripartite.

As normas brasileiras propugnam a distribuição de competências e responsabilidades do custeio do Sistema Único de Saúde, mas a retração da União onera os entes

subnacionais e acarreta capacidade de resposta deficitária da política pública de saúde em relação à pandemia do Coronavírus. O Instituto de Estudos Socioeconômicos no estudo “O Brasil com baixa imunidade: Balanço do Orçamento Geral da União 2019” em relação à saúde no ano de 2019 equivale ao patamar de 2014, em detrimento de sua estagnação fiscal. Ainda que no Brasil tenha sete milhões a mais de habitantes em 2019 quando comparado ao ano de 2014, a União investir em 2019 patamar equivalente a 2014 em ações e serviços públicos de saúde aponta regressividade federal de custeio no Sistema Único de Saúde, posto que a pandemia do Coronavírus acometeu o Brasil e encontrou uma realidade deficitária no SUS (INESC, 2020). O problema é que a calamidade pública oriunda da Covid-19 modificou o padrão de atuação omissivo do Ministério da Saúde de acordo com as considerações do Ministro Benjamin Zymler no relatório de acompanhamento do TCU 014.575/2020-5 que traz a existência de uma dotação autorizada de R\$69,88 bilhões na ação 21C0 dos quais R\$63,74 bilhões foram destinados ao Ministério da Saúde para o combate sanitário da pandemia, de forma que o SUS contou efetivamente com R\$41,75 bilhões, pois o Governo Federal deixou de executar vinte e dois bilhões referente aos créditos extraordinários abertos no Orçamento de Guerra consoante Emenda 106 de 2020 deste mesmo ano (PINTO, 2021, p. 118).

Ao negar adequada execução orçamentária ao Sistema Único de Saúde agravou a capacidade de resposta do Ministério da Saúde na transição de 2020 para 2021. Isso pois, de R\$21,75 bilhões transpostos de 2020 para 2021, R\$19,9 bilhões versam sobre vacinas e o restante de R\$1,65 bilhão é insuficiente para as outras demandas referentes ao Coronavírus no exercício financeiro vigente. O Governo Federal não previu valor para a ação 21C0 referente ao combate sanitário da pandemia no projeto de lei orçamentária de 2021. Esta ação recebeu em 2020 R\$63,74 bilhões de reais e o PLOA-2021 foi aprovado no Congresso Nacional em março de 2021, o que possibilita ao Executivo Federal enviar mensagem que modifique o projeto para corrigir a omissão com base no agravamento da calamidade sanitária no Brasil a partir de dezembro de 2020 (PINTO, 2021, p. 118 e 119).

O Tribunal de Contas da União responsável pela fiscalização da política pública de saúde federal não teve acesso a planos e documentos que atestassem a existência formal de estratégia de combate ao Coronavírus pelo Ministério da Saúde. O Acórdão do TCU 2817 de 2020 – Plenário descreve a ausência de uma estratégia nacional de combate da pandemia no país. A análise do TCU ilustra que diante da crise sanitária mundial dos últimos tempos a União se eximiu da atribuição de coordenar uma resposta sanitária no âmbito federal equilibrada e fiscalmente suficiente em busca do fortalecimento do SUS. O acúmulo de mortes evitáveis trata-se de consequência imputável ao estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde do Brasil (PINTO, 2021, p. 53).

Desta maneira, manter o teto à revelia da realidade de pandemia conforme Emenda Constitucional 109 de 2021 e uma vigência curta para o Orçamento de Guerra contido na EC 106 de 2020 consiste em oneroso erário à sociedade. Os limites temporais e fiscais de curto prazo demonstraram ações de controle equivocado para conter o trato patrimonialista dos recursos públicos

ao longo de 2020 e do primeiro semestre de 2021 conforme desprendemos da gestão político-orçamentária da pandemia na esfera do Sistema Único de Saúde relatada pelo Tribunal de Contas da União nos relatórios de acompanhamento do TC 014.575/2020-5. A Emenda Constitucional 109 de 2021 reitera o equívoco de apresentar resposta fiscal de curto prazo, haja vista que o limite de R\$ 44 bilhões previsto no §1º do artigo 3º para pagar o auxílio emergencial por intermédio de crédito extraordinário é insuficiente consoante a realidade brasileira (PINTO, 2021, p. 55).

Administrar créditos extraordinários para manter o pagamento do auxílio emergencial em 2021 consubstancia violação ao princípio da separação de poderes e devido processo legislativo orçamentário, posto que esta se trata de despesa a partir de agosto de 2020 conforme o PLOA-2021. Ainda, cumpre ressaltar que os créditos extraordinários não exigem indicação da fonte de custeio e não se submetem a tetos previsíveis, sob pena de não atender a despesas urgentes, relevantes e não previstas. O problema restou claro na ausência de planejamento orçamentário adequado em razão da necessidade de continuidade no custeio das ações sanitárias, assistenciais e econômicas de combate à pandemia e ao autorizar de maneira inconstitucional os créditos extraordinários no segundo ano de crise do Coronavírus.

Isto posto, consubstancia violação ao artigo 167, §3º da Constituição Federal de 1988 e à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4048, haja vista que foram desrespeitados os princípios da separação dos poderes, finalidade e legalidade, além de o teto e devido processo legislativo orçamentário referente ao PLDO-2021 não serem apreciados pela Comissão Mista de Orçamento e o PLOA-2021 que não teve observada as despesas obrigatórias. Acrescido aos fatos anteriormente apontados, menciona-se a liberação danosa ao erário das emendas, algumas em benefício da política pública de saúde denominada orçamento secreto (RODRIGUES; PIRES, 2021).

## CONCLUSÃO

O cenário fiscal sanitário brasileiro traz que a calamidade pública proveniente da pandemia do Coronavírus evidenciou a saúde pública do país demonstrar antigos problemas como o a falta de escala mínima na operação das redes de serviços oriundo do processo de criação de municípios ocorrido a partir do ano de 1988. Isto aponta que municípios menores não conseguem executar adequadamente as ações e serviços públicos de saúde com a técnica necessária, sustentabilidade fiscal e qualidade. A fim de contornar a antieconômica capacidade operacional é necessário que sejam implementadas as regiões de saúde previstas na legislação do Sistema Único de Saúde, bem como seja ampliado o uso dos consórcios públicos.

Ainda, a possibilidade de troca dos dirigentes faz com que exista rotatividade dos servidores comissionados e contratados temporários, acarretando onerosa perda do serviço, risco e incapacidade de resguardar a continuidade dos serviços públicos. A cada troca de comando na política pública de saúde corresponde a uma realidade de terra arrasada em que os que ingressam negam o aprendizado deixado pelos que saíram; desta maneira, fica distante assegurar racionalidade à máquina pública em sua rotina ordinária ou durante uma situação calamitosa.

Também, a insegurança jurídica e regressividade fiscal em relação aos critérios quantitativos e qualitativos de rateio das responsabilidades de execução da política pública entre os três níveis da federação e, por conseguinte, a judicialização das omissões assistenciais corroboram com a guerra fiscal de despesas que prejudica o pacto federativo do SUS ao onerar mais os municípios e mitigar a eficácia do direito fundamental à saúde brasileira. As contendas federativas e a retração da União no custeio das ações e serviços públicos de saúde acarretam problema estrutural ao Sistema Único de Saúde.

E por fim, a insuficiente adesão ao planejamento setorial e à execução orçamentária ocasionada pela condução dos recursos públicos em direção à maximização dos ganhos de curto prazo eleitoral em detrimento das prioridades eleitas pela coletividade para o médio prazo em relação às políticas públicas, durante a pandemia revela um quadro ruim conforme verificado nos relatórios de acompanhamento feitos pelo Tribunal de Contas da União (TC 014.575/2020-5). Acrescido a isto, o fato do planejamento ser preponderantemente construído de forma frágil, o problema anterior da sua deficiente normatividade e alto nível de descumprimento fez com que o acúmulo de falhas ampliasse o espaço de discricionariedade dos gestores responsáveis pela execução intertemporal do planejamento setorial e seu respectivo ciclo orçamentário. O imprevisto foi manejado para tratar de questões urgentes e atender a pleitos paroquiais que trazem risco de apropriação privada do interesse público.

O período de pandemia do Coronavírus teve o trato reativo da crise sanitária. Ocorre que tal problema não esgota os desafios em busca do aprimoramento da gestão pública, mas os reposiciona em patamar menos desenvolvido. Os serviços públicos de qualidade devem enfrentar as complexas dimensões supramencionadas em tempos extraordinários de pandemia ou em tempos ordinários. Melhores serviços públicos no âmbito do SUS devem pautar prioritariamente a necessidade de buscar ganho federativo de escala, sustentabilidade fiscal, governança técnica protegida de ingerências políticas voláteis e aderência entre o executado em face do planejado na consecução destes serviços. Na área da saúde querem maior gestão privada para absorver a atenção primária que é o nível responsável pela base do levantamento dos riscos epidemiológicos e das necessidades de saúde da população, os quais constituem o núcleo do planejamento sanitário.

A *priori*, tecnicamente não se pode terceirizar o planejamento e a base de concepção estruturante do Sistema Único de Saúde conforme artigo 2º da Emenda 51 de 2006 que traz

de forma expressa a exigência da contratação direta de agentes comunitários de saúde e de combate a endemias. Outra reflexão relevante é a possibilidade de parcerias público privadas para aprimorar o SUS que traz uma afronta ao §2º do artigo 199 da Constituição Federal de 1988, haja vista que trata de nova fronteira de exploração lucrativa no núcleo da política pública de saúde. O Estado precisa celebrar parcerias com o terceiro setor e mercado em benefício uma consecução adequada dos serviços públicos que lhe compete prestar. A eficiência da iniciativa privada para afirmar a atuação necessária e exclusiva do Estado em qualquer situação necessita de esforço na construção de equilíbrio entre público e privado, equacionar tais tensões entre estes polos sem violar o ordenamento jurídico vigente se trata de processo de maturação sobre a delimitação do que é coisa pública, a qual não pode ser apropriada privadamente. O público não é espaço de maximização das utilidades privadas individuais e o desenvolvimento do SUS após uma crise sanitária demanda melhor atuação estatal em conjunto com a sociedade por meio de uma construção coletiva.

## REFERÊNCIAS

AGENCIA FRANCE PRESSE, Correio Braziliense, 01/08/2020. OMS prevê que pandemia do novo coronavírus será muito longa. Disponível em [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/08/01/interna\\_mundo,877605\\_oms-preve-que-pandemia-do-novo-coronavirus-sera-muito-longa.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/08/01/interna_mundo,877605_oms-preve-que-pandemia-do-novo-coronavirus-sera-muito-longa.shtml). Acesso em 01/11/2022.

Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Planejamento e Orçamento. Nota Pública da Associação dos Servidores da Carreira do Planejamento e Orçamento – ASSECOR sobre sanção da LOA 2021. Disponível em <https://www.assecor.org.br/noticias/noticias-assecor/nota-publica-da-associacao-dos-sevidores-da-carreira-do-planejamento-e-orcamento-assecor-sobre-aprovacao-da-loa-2021/>; Acesso em 25/10/2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Coronavírus: Brasil confirma primeiro caso da doença. 27 fev 2020. Disponível em <https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeirocaso-da-doenca>; Acesso em 03/11/2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus Covid-19. Brasília: DF. Ministério da Saúde, Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública, 2020. p. 7. Disponível em <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/13/planocontingencia-coronavirus-COVID19.pdf>. Acesso em 25/10/2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Programa Vigiar Saúde é lançado pelo Ministério da Saúde [internet], 2020. Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/10/programa-vigiar-sus-e-lancado-pelo-ministerio-da-saude>. Acesso em 25/10/2022.

BRASIL, Secretaria do Tesouro Nacional, Tesouro Nacional Transparente. Monitoramento dos Gastos da União com Combate à COVID-19, 2020-2022. Disponível em <https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>; Acesso em 05/11/2022.

BRASIL. Senado Federal. TV Senado. CPI da Pandemia ouve Natalia Pasternak e Claudio Maierovitch. 11 de junho de 2021. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2021/06/ao-vivo-cpi-da-pandemia-ouve-natalia-pasternak-e-claudio-maierovitch-2021-11-6-2021>; Acesso em 02/11/2022.

BRASIL, 2021. Senado Federal. Orçamento de 2021 foi aprovado sob pesadas críticas. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/25/orcamento-2021-foi-aprovado-sob-pesadas-criticas>; Acesso em 01/11/2022.

BURLAMAQUI, Bernardo Camargo. 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. Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município de Londrina. Londrina n. 2, vol. 10, 2021, páginas 55-68. Disponível em <http://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina/article/view/224>; Acesso em 22/10/2022.

COLLUCCI, Cláudia; FARIA, Flavia. Folha de S. Paulo, 26 jun 2021. Porta de entrada do SUS, atenção primária tem queda de 49% de consultas. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/06/porta-de-entrada-do-sus-atencao primaria-tem-queda-de-49-de-consultas.shtml> ; Acesso em 24/10/2022.

Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Painel Conass: Covid-19 [internet]. 2020. Disponível em <https://bit.ly/37rYQpw>; Acesso em 22/10/2022.

CONTI, Thomas. Crise Tripla do Covid-19: um olhar econômico sobre políticas públicas de combate à pandemia, abril, 2020 [internet]. Disponível em <https://bit.ly/2ZeZbYX>; Acesso em 21/10/2022.

CROQUER, Gabriel. R7 Notícias. Em 1 ano, PF investiga mais de R\$ 2 bilhões em supostos desvios da covid. Disponível em <https://noticias.r7.com/brasil/em-1-ano-pf-investiga-mais-de-r-2-bi-em-supostos-desvios-da-covid-21042021>; Acesso em 01/11/2022.

DELATERRA, Edson; MIR, Daiana; Graf, Thiago; BELLO, Gonzalo. Tracking the onset date of the community spread of SARS-CoV-2 in Western Countries. Mem Inst Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro: medRxiv; 2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby et al. Direito Provisório e a emergência do Coronavírus. Belo Horizonte: Editora Forum, 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO, 6 abril 2021. Hospital das Forças Armadas reservam vagas para militares e deixam até 85% de leitos ociosos sem atender civis. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/04/hospitais-das-forcas-armadas-reservam-vagas-para-militares-e-deixam-ate-85-de-leitos-ociosos-sem-atender-civis.shtml>; Acesso em 24/10/2022.

FUNCIA, Francisco Rózsa.; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e; Ocké-Reis Carlos Octávio. Boletim da Comissão de Orçamento e Financiamento do Conselho Nacional de Saúde - Cofin/CNS de 28/10/2020 [internet]. 2020. Disponível em <https://bit.ly/35R4qkT>; Acesso 21/10/2022.

IDISA – Instituto de Direito Sanitário Aplicado. Associação Brasileira de Economia da Saúde – ABrES, 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/responsabilidade-civil-denuncia.pdf>; Acesso em 25/10/2022.

INESC Instituto de Estudos Socioeconômicos. O Brasil com baixa imunidade: Balanço do Orçamento Geral da União 2019. 23 de abril de 2020. Disponível em <https://www.inesc.org.br/obrasilcombaixaimunidade/>; Acesso em 24/10/2022.

ISTO É. Bolsonaro empossa quarto ministro da Saúde, com país no caos pela Covid. 25/11/21, edição 2757. Disponível em <https://istoe.com.br/bolsonaro-empossa-quarto-ministro-da-saude-com-pais-no-caos-pela-covid/>; Acesso em 25/10/2022.

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.

LIMA, Vandson. 1/12/2020. Valor Globo. Alcolumbre marca para 16 de dezembro sessão para votar lei de diretrizes orçamentárias. Disponível em <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/12/01/alcolumbre-marca-para-16-de-dezembrossessao-para-votar-lei-de-diretrizes-orcamentarias.ghtml>; Acesso em 01/11/2022.

OPAS – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus, 2020. Disponível em

<https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declarespublic-health-emergency-novel-coronavirus>; Acesso em 03/11/2022.

PINTO, Elida Graziane. Algumas agendas necessárias ao enfrentamento da calamidade nacional. 21 abril 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/contas-vista-algumas-agendas-necessarias-enfrentamento-calamidadenacional>; Acesso em 01/11/2022.

PINTO, Élide Graziane. Contas à vista. É inconstitucional abrir crédito extraordinário para despesa previsível. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-fev-09/contas-vista-inconstitucional-abrir-credito-extraordinario-despesa-previsivel>; Acesso em 06/11/2022.

PINTO, Elida Graziane. Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira [artigo na Internet]. Rio de Janeiro: CEE-Fiocruz; 2017 (Futuros do Brasil: Ideias para ação). Disponível em [http://www.cee.fiocruz.br/sites/default/files/Artigo Elida Graziane.pdf](http://www.cee.fiocruz.br/sites/default/files/Artigo%20Elida%20Graziane.pdf) >. Acesso em 01/11/2022.

PINTO, Elida Graziane. Execução Orçamentária do SUS no enfrentamento à pandemia da Covid-19. São Paulo, 2021. Disponível em <http://www.mpc.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/Relatorio-sobre-a-execucao-orcamentaria-do-SUS-Elida-G-Pinto.pdf>; Acesso em 21/10/2021.

RODRIGUES, Lorenna.; PIRES, Breno. O Estado de São Paulo 4 de julho de 2021. Governo destina R\$ 2,1 bilhões via orçamento secreto para Saúde. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,governo-destina-r-2-1-bi-via-orcamento-secreto-para-saude,70003768723>; Acesso em 25/10/2022.

SANTOS, Lenir; FUNCIA, Francisco Rózsa. Histórico do financiamento do SUS: evidências jurídico-orçamentárias do desinteresse governamental federal sobre a garantia do direito fundamental à saúde. Doming. da Saúde. 2020. Disponível em <https://bit.ly/36pNNID>; Acesso em 21/10/2022.

SÃO PAULO. TCESP. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Municípios paulistas investem R\$ 227 milhões na instalação de 63 hospitais de campanha. 26 junho 2020. Disponível em <https://www.tce.sp.gov.br/6524-municipios-paulistas-investem-r-227-milhoes-instalacao-63-hospitais-campanha>; Acesso em 01/11/2021.

SÃO PAULO. TCESP. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. No combate à COVID-19, Prefeituras contratam R\$ 1 bilhão sem licitação. 2020. Disponível em <https://www.tce.sp.gov.br/6524-combate-covid-19-prefeituras-contratam-r-1-bi-sem-licitacao>; Acesso em 01/11/2022.

VALOR.GLOBO. FMI adverte sobre a retirada prematura de estímulos fiscais, 15/10/2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/noticia/2020/10/15/fmi-adverte-sobre-a-retirada-prematura-de-estimulos-fiscais.ghtml>; Acesso em 01/11/2022.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. Gasto federal com vigilância em saúde na última década e a necessidade de reforço do orçamento do Ministério da Saúde para enfrentamento à pandemia pelo coronavírus. Brasília, DF: Ipea; 2020. (Nota Técnica n. 61). Disponível em <<https://bit.ly/2TKVLuY>>; Acesso em 21/10/2022.

*DUMPING* CAMBIAL, O ACORDO SOBRE SUBSÍDIOS, SALVAGUARDA E MEDIDAS  
COMPENSATÓRIAS: PROBLEMAS PARA A LIVRE CONCORRÊNCIA

DUMPING, THE AGREEMENT ON SUBSIDIES, SAFEGUARDS AND COUNTERVAILING  
MEASURES: TROUBLES FOR FREE COMPETITION

Lucas Pires Maciel<sup>1</sup>

Jonathan Barros Vita<sup>2</sup>

Claudinei Jacob Gottens<sup>3</sup>

RESUMO

Buscou-se analisar o *dumping* cambial, especificamente no comércio exterior, o acordo sobre subsídios e medidas compensatórias, realizando um liame entre essas questões de cunho cambial dentro de um Estado, a questão da soberania e eventuais problemas decorrentes dessas condutas na livre concorrência do mercado internacional. Para isso, discorreu sobre a definição de *dumping*, suas características e espécies, para aprofundar mais sobre o *dumping* cambial, que se utiliza artificialmente do câmbio para possibilitar que os produtos produzidos naquele país possam ter um preço inferior e melhorar a sua competitividade. Essa questão da forma como é feito o *dumping* cambial é o que se chama de subsídio e o contraveneno utilizado pelo país prejudicado com esses subsídios são as chamadas medidas compensatórias. O grande impasse é identificar se ações contra o *dumping* cambial não feririam a soberania e a livre escolha do modelo econômico monetário do país. Contudo, de outro lado tem-se a livre concorrência do mercado internacional, que sofre abalos consideráveis, a partir do uso de ferramentas de artificialidade no câmbio para melhorar a competitividade dos produtos. Os órgãos internacionais devem aprofundar nessas questões para evitar a aniquilação do livre comércio no mundo. Foi utilizado o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas.

---

<sup>1</sup>Doutor e Mestre em Direito na UNIMAR – Universidade de Marília – São Paulo, Brasil. Especialista em Direito Tributário. Advogado e Professor da graduação e da pós-graduação do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente – São Paulo – Brasil. E-mail: lucas\_jppm@hotmail.com

<sup>2</sup> Advogado, Consultor Jurídico e Contador. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET-SP, Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP e Mestre em Segundo Nível em Direito Tributário da Empresa pela Universidade Comercial Luigi Bocconi – Milão – Itália. Coordenador e professor titular do Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR. Professor de diversos cursos de pós-graduação no Brasil e exterior. Conselheiro do Conselho Municipal de Tributos de São Paulo. Ex-Conselheiro do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Ex-Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Ex-Secretário da Comissão Especial de Direito Tributário do Conselho Federal da OAB. E-mail: jbvita@gmail.com

<sup>3</sup> Advogado. Doutor e Mestre em Direito Constitucional (Área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (SP). Brasil. E-mail: claudineigottens@terra.com.br

**Palavras-chave:** *Dumping* Cambial. Subsídios. Medidas Compensatórias. Livre Concorrência.

#### ABSTRACT

The present analyze foreign exchange dumping, specifically in foreign trade, the agreement on subsidies and countervailing measures, making link between these foreign exchange issues within State, the question of sovereignty and possible problems arising from these conducts in the free competition of the market International. For that, spoke about the definition of dumping, its characteristics and species, to go deeper into exchange rate dumping, which artificially uses exchange rates to enable products produced in that country to have a lower price and improve its competitiveness. This question of the way in which foreign exchange dumping is carried out is what is called a subsidy and the counter-venom used by the country affected by these subsidies are the so-called compensatory measures. The great impasse is to identify whether actions against foreign exchange dumping would not harm sovereignty and the free choice of the country's monetary economic model. However, there is free competition from the international market, which suffers considerable upheavals, from the use of artificial tools in the exchange to improve the competitiveness of products. International bodies must deepen these issues in order to avoid the annihilation of free trade in the world. The deductive method was used, with bibliographic searches.

**Key-Words:** Exchange Dumping. Subsidies. Compensatory Measures. Free competition.

## I INTRODUÇÃO

É notório que o mundo vem passando por grandes e importantes mudanças nos últimos anos. Hodiernamente, as fronteiras delimitadas pelos países estão cada vez mais relativizadas, em um mundo sem fronteiras. Um cidadão brasileiro pode comprar produtos ou contratar serviços de uma empresa estadunidense com um simples clicar do *mouse* no seu computador. A recíproca também é verdadeira.

É um mundo com uma realidade *high tech*, disruptiva, colaborativa, com inovações tecnológicas, em que as negociações deixaram de ser feitas localmente pelas pessoas e podem ser feitas entre pessoas físicas e/ou jurídicas em qualquer lugar do mundo com uma grande facilidade empresarial.

Assim, mudam-se totalmente os paradigmas até então existentes. Nessa revolução 4.0, diminuem-se as distâncias físicas, especialmente amparadas pela tecnologia, inovação e empreendedorismo. Novos negócios surgem como num piscar de olhos. Mudam-se consideravelmente

a forma de fazer negócios, realizar a compra e venda de bens e serviços. É uma nova forma de acontecerem todos os negócios mundiais.

Esses fenômenos atuais que vem ocorrendo causam repercussão em todos os aspectos do Direito. As legislações locais passam a ser não mais atender à velocidade que acontecem os fatos sociais, pois os cidadãos usam da rede mundial de computadores para fazer seus negócios com qualquer pessoa do mundo com muita facilidade. Além disso, as empresas não são mais de um determinado país, sendo globalizadas e multinacionais. Por isso, há discussões quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, sobre leis trabalhistas, leis sobre direito empresarial, normas ambientais, entre outras.

Nesse mesmo giro de ideias, é hialino que os países buscando uma melhora competitiva para os seus produtos, busque se utilizar de medidas para diminuir o preço de seus produtos, ainda que de maneira superficial. Isso é o que se chama de *dumping*.

Uma das modalidades existentes é o *dumping* cambial, especialmente no comércio exterior, que como se demonstrará a seguir é uma maneira de manipular o câmbio do país para melhorar a competitividade do produto.

Ocorre que, medidas como essa geram quebra no equilíbrio concorrencial entre os produtos comercializados de um país para o outro, o que fomenta uma competição injusta e a quebra da indústria em países que não possuam essas medidas.

Exemplo típico desse *dumping* cambial aconteceu com o Brasil, ocasionado por medidas adotadas pela China, ocasião em que os produtos nacionais não conseguiam competir com os produtos importados, gerando um desequilíbrio na balança comercial local e um enfraquecimento da indústria brasileira.

Assim, o presente artigo objetiva analisar esses aspectos à luz da livre concorrência e o comércio exterior.

Para elaboração do artigo foi utilizado o método dedutivo com pesquisas bibliográficas.

## 2 DUMPING

Esse capítulo inaugural tem por escopo definir e comentar acerca do *dumping*, apresentando suas facetas, espécies e demais aspectos que são relevantes para o desenvolvimento desse trabalho.

É bom consignar, nesse momento inicial, que o *dumping* pode ocorrer tanto internamente, ou seja, dentro do próprio país, ou de maneira global, existindo esse *dumping* entre os países. Além disso, o *dumping* pode ocorrer entre empresas. Contudo, como mencionado, o foco será o *dumping* no comércio exterior e aquele realizado pelos Estados e não diretamente pelas empresas.

## 2.1 Definição e modalidades

Não há uma única definição para o termo *dumping*, que tem origem em uma palavra em inglês. É bastante interessante analisar que a maior parte dos países segue usando a expressão *dumping*, não traduzindo à língua do seu país. Além disso, válido mencionar o aspecto negativo dessa palavra, haja vista, sua íntima relação com alguma prática desleal.

No artigo 2º, do Acordo Antidumping, adotado na Rodada Uruguai, define *dumping* como sendo a fixação arbitrária, por meio do exportador, de um preço de venda à exportação para um determinado país, inferior ao seu valor normal (PEREIRA, 2000, p. 127). Veja-se o texto do referido acordo:

### Artigo 2

#### Determinação de Dumping

1. Para as finalidades do presente Acordo, considera-se haver prática de dumping, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior ao seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado, no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador (OLIVEIRA, 2019).

O *Black's Law Dictionary* (1979, p. 451) define *dumping* como sendo a venda em quantidades grandes e preços muito baixos ou, então, a venda para o exterior a preço inferior ao da venda mercado doméstico. Essa definição tem íntima relação com as regras da Organização Mundial do Comércio (OMC), pois está relacionado com o preço de venda e não com preço de custo.

Assim, a expressão *dumping* faz alusão ao verbo “to dump” que significa despejar, ou seja, *dumping* seria colocar em um mercado produtos vendidos a valor inferior ao normalmente praticado, prejudicando, por isso, a produção.

Para Maria Margareth Garcia Vieira (2002, p. 25), “o *dumping* é a venda de produtos pelo preço de custo ou até mais baixo que seu preço de custo, buscando a ampliação de mercado. Essa prática é vista como desleal porque usa de meios ilegais para vencer a concorrência [...]”.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada assevera que “é a comercialização de produtos a preços abaixo do custo de produção” (WOLFFENBÜTTEL, 2019). Isso é feito “para eliminar a concorrência e conquistar uma fatia maior de mercado” (WOLFFENBÜTTEL, 2019).

Na mesma linha Paul Krugman e Maurice Obstfeld (2001, p. 106) aduzem que é a “prática de formação de preços em que a firma cobra um preço menor pelos bens exportados do que o cobrado pelos mesmos bens vendidos domesticamente”.

Josefina Maria Guedes e Sílvia Pinheiro (2002, p. 20) obtemperam que o *dumping* consistiria “na colocação de mercadorias em outro país a preço inferior daquele colocado no mercado doméstico, com o fito de desestabilizar a concorrência”.

Welber Barral, reverberando o que o economista Jacob Viner advogava, em sua clássica obra *Dumping, a Problem in International Trade*, publicada em 1923, aduz que quem especificou as linhas mestras do comportamento comercial que veio a ser alcunhado pelo termo *dumping*. Assim, segundo Viner, o *dumping* é identificável especialmente pela discriminação de preços entre compradores em diferentes mercados (BARRAL, 2000, p. 10).

Além disso, Barral segue asseverando que foi Viner que conceituou *ab initio* as diversas formas de *dumping* e buscou informar as consequências econômicas de cada uma das situações aonde o *dumping* poderia se pronunciar. Assim, segundo Viner, o *dumping* poderia ser: a) esporádico; b) de curto prazo (*short-run*) e; c) permanente (BARRAL, 2000, p. 11).

O esporádico ocorreria em situações excepcionais, como no caso de precisar vender um excesso de estoque, o que não traria implicações negativas. O *dumping* permanente seria o mantido por um longo período de tempo, e ocorreria quando o mercado exportador fosse protegido, ocasião em que o mercado importador fosse competitivo, sendo que a vantagem para o consumidor no mercado importador seria, no longo prazo, superior aos danos provocados à indústria nacional do mesmo mercado importador (BARRAL, 2000, p. 11).

O *dumping* de curto prazo, para Viner, vincula-se um caráter negativo, pois, para o autor, haveria um argumento econômico contra o *dumping* quando o prejuízo para a indústria local fosse maior que os benefícios para os consumidores. Por isso, nesta situação, esse prejuízo se materializaria na inutilização temporária dos custos fixos das empresas concorrentes, que teriam que esperar o encerramento da prática de *dumping*, e não promoveriam a relocação dos recursos produtivos para outro setor econômico (BARRAL, 2000, p. 11-12).

Já para o extinto GATT, sucedido pela OMC, haveriam dois tipos: o *dumping* condenável e o não condenável. Este último, como se destaca, seria a prática de *dumping* em que se teria ausência da ocorrência de efeitos negativos para a indústria local. O condenável, ao revés, implica

danos nefastos à indústria doméstica e o nexos causal entre o dano e a prática de *dumping* (BARRAL, 2000, p. 13).

A OMC, por sua vez, adota diversos princípios como base para realizar um comércio internacional que seja mais livre e transparente, quais sejam: da não discriminação, da previsibilidade, da concorrência leal, da proibição de restrições quantitativas, do tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento. Todos esses princípios são explicitados pelo sítio do Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços (BRASIL, 2019).

E, falando no GATT, *dumping* é definido pelo artigo VI do GATT 1994, nos termos do artigo 2.1, como o caso de “produto introduzido no mercado por um preço inferior ao seu valor normal, preço comparável, no curso normal das atividades comerciais, do produto similar quando destinado para consumo do país exportador” (SIQUEIRA, 2019).

A despeito de toda essa preocupação, do estreitamento das relações internacionais entre os países, da diminuição das barreiras geográficas, ainda há muito a ser feito, haja vista que as práticas de *dumping* seguem acontecendo.

Por esse viés apresentado, o *dumping* vem ganhando cada vez mais corpo nos últimos anos, sofrendo processo de mutação para outras roupagens de *dumping*, não somente as formas tradicionais, mas, também, novos tipos de *dumping*, tão ou mais graves.

Os debates acerca dessa temática ganharam mais importância a partir de 1945, uma vez que já se observava uma ampliação na disseminação de regulamentações unilaterais acerca da aplicação de medidas anti*dumping*, ocasião em que os Estados Unidos sugeriram, ainda no âmbito da Liga das Nações, “a atribuição de definir as circunstâncias sob as quais medidas anti*dumping* e compensatórias poderiam ser apropriadamente aplicadas aos produtos importados de outros países” (NOMAN, 2019, p. 21).

Para Welber Barral (2000, p. 7-8), três elementos caracterizam o *dumping*: a) a relação com uma prática desleal de comércio; b) a manutenção da expressão original em inglês; c) uma conotação sempre pejorativa, como um comportamento negativo ou condenável.

Dentre os tipos de *dumping* mais citados, há o social, ocasião em que o país utiliza-se de padrões trabalhistas para diminuir o custo do valor trabalho, minorando o, por conseguinte, o valor do produto final, levando, assim, à prática de concorrência desleal. Seria, portanto, uma redução dos custos obtidos pela empresa na fabricação de seus produtos, afastando-se do bem-estar social (TRIERWEILER, 2009, p. 86).

O mesmo autor, prossegue aduzindo que:

[...] as empresas passaram a valorizar a variável mão-de-obra na formação do preço de seus produtos. Visando a reduzir estas despesas e tornar seus preços mais atraentes para o mercado, as empresas nacionais, passaram a migrar suas plantas de produção para regiões com o custo de mão de obra inferior. Por sua vez, o mesmo fenômeno reproduziu-se em relação às empresas multinacionais, que passaram a buscar países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento para instalar suas fábricas e, assim, reduzir o custo de produção (TRIERWEILER, 2009, p. 85).

Existem países que se utilizam dessas opções, criando verdadeiras situações de trabalho análogo à escravidão para poder diminuir custos de produção e melhorar a competitividade, ainda que passando por cima de norma internacionais de proteção ao trabalhador.

Por essa razão, Lilian Patrícia Casagrande e Tereza Cristina Meurer Antunes (2019, p. 13), aduzem que “a partir da exploração de mão de obra barata para a obtenção de menores custos de produção, pode-se dizer que o *dumping* social é uma prática danosa e por isso deve sujeitar-se à imposição de medidas anti*dumping*”.

O *dumping* ambiental, por sua vez, seria a transferência de uma indústria, que tenha relação com a produção de poluentes, de um país desenvolvido para país com exigências menores, no que diz respeito à proteção ambiental, com conseqüente redução de custos e incremento ilegítimo da competitividade, além da nocividade ao meio ambiente equilibrado.

O *dumping* cambial, objeto principal desse trabalho, em rápidas palavras seria a realização, por meio da manutenção artificial pelos governos nacionais, de baixas taxas de câmbio, reforçando a competitividade dos preços de exportação e obstruindo as importações, de maneira artificial e prejudicial aos demais países.

Há doutrinadores que defendem a existência de outras modalidades de *dumping*, quais sejam, predatório, tecnológico, estrutural e por excedente (SILVA, 2019, p. 400). Contudo, o foco ficará mais adstrito ao cambial, objeto principal da pesquisa.

A prática de medidas consideradas *dumping* deve ser investigada pelo governo do país importador, para evitar qualquer tipo de quebra na livre concorrência. Por esse motivo, a OMC vem buscando medidas de defesa do livre comércio, para afastar medidas que possam quebrar essa lógica comercial.

## 2.2 Dumping cambial

O *dumping* cambial, como visto alhures, faz parte do rol de medidas equivocadas para manipulação dos preços dos produtos, em arrepio à nova ordem internacional, gerando destempero no comércio local, por medidas artificiais em outros, causando efeito de diminuir o preço de venda dos produtos.

Assim, em outras palavras, o *dumping* cambial seria constatado no momento em que os governos nacionais realizam uma manutenção artificial de taxas de câmbio abaixo do que realmente são, como o objetivo de alterar os preços de exportação e em contra partida acabariam por aniquilar indiretamente as importações (SILVA, 2019, p. 401).

Prossegue Alice Rocha da Silva (2019, p. 401), aduzindo que esta situação é facilitada pela ausência de um sistema de compensação internacional de câmbios monetários, que permite a falta de base real de equiparação de moedas nacionais, possibilitando desvalorizações ou supervalorizações de acordo com o interesse do governo ou de especuladores privados.

O *dumping* cambial, segundo Raul Crespo (1997, p. 58), seria a manutenção de taxas cambiais que desvalorizem a moeda nacional, de modo que os produtos importados fiquem muito mais caros e os produtos exportados mais baratos, facilitando, de maneira artificial, a exportação destes, haja vista que entrariam, no mercado externo, a um preço teoricamente menor.

Marlon Tomazette (2019, p. 59) cita interessante exemplo que pode ocorrer acerca da temática. Imagine a venda de produtos nacionais para os Estados Unidos da América: antes da desvalorização do real, o produto saía pelo valor de US\$ 10,00 (dez dólares) e o produto vendido no Brasil seria vendido por R\$ 10,00 (dez reais). Ocorrendo a, desvalorização do real, o que não afetaria o preço do produto no Brasil, pois manter-se-ia nos mesmos dez reais, “a mesma mercadoria passou a ser vendida por US\$ 5,00 (cinco dólares) no mercado americano, afetando fortemente os competidores no mercado americano”.

Tal concepção faz como que ocorra uma superficialidade na moeda daquele país apenas com o intuito de fomentar a venda de produtos com preços mais atraentes, prejudicando sobremaneira a indústria dos países que adquirem os produtos.

Sob essa ótica, medidas anti*dumping* são adotadas, como forma de tentar barrar essas manobras realizadas e voltar ao status quo, ou pelo menos minimizar os efeitos nefastos para a economia do país local que sofre com o *dumping*, especialmente, o cambial.

### 3 SUBSÍDIOS, SALVAGUARDA E MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

Na linha do que foi exposto no tópico alhures, os países, buscando afastar, minorar ou desestimular práticas como do *dumping* cambial, utilizam-se de subsídios, salvaguardas e medidas compensatórias.

Subsídio, na essência da palavra, significa auxílio, socorro, reforço. O subsídio, por isso, tem um papel de rechaçar o *dumping*, pois se enquadra no contexto das medidas protecionistas e danosas ao comércio internacional.

O termo subsídio implica ajuda, auxílio, subvenção. Em matéria de comércio internacional, ele é empregado para descrever a situação em que uma empresa privada recebe incentivo estatal para atuar em setores de baixa rentabilidade ou aumentar o volume de exportações. Trata-se, por conseguinte, de toda e qualquer ajuda oficial que tenha por objetivo a promoção do desenvolvimento de setores econômicos estratégicos ou de regiões mais atrasadas, além de servir como incentivo às exportações (DI SENA JÚNIOR, 2003, p. 79).

Pode também ocorrer o *dumping* por meio de subsídios estatais, quando o próprio país diminui ou isenta as empresas de pagamento de encargos ou pagando valores com intuitos variados, como chamar a atenção de novas empresas para o local (VILLATORE, 2019, p. 8).

Para o IPEA o *dumping* ocorre quando determinado setor “recebe subsídios governamentais e, por isso, consegue exportar seus produtos abaixo do custo de produção” (WOLFFENBÜTTEL, 2019). Cita o exemplo que ocorre pelos “subsídios concedidos aos agricultores da Europa e dos Estados Unidos, que frequentemente prejudicam as vendas brasileiras ao exterior” (WOLFFENBÜTTEL, 2019).

Já as medidas de salvaguarda, segundo disponibiliza o Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços, no seu sítio, objetivam propiciar o aumento, por um determinado período de tempo, na proteção da indústria brasileira que esteja, de algum modo, sofrendo, ou na iminência, de prejuízo grave, em decorrência do crescimento, em quantidade, “das importações, em termos absolutos ou em relação à produção nacional, com o intuito de que durante o período de vigência de tais medidas a indústria doméstica se ajuste, aumentando a sua competitividade” (BRASIL, 2019).

Prossegue o Ministério aduzindo que prejuízo grave seria uma deterioração geral e significativa da situação de uma determinada indústria local. Vale consignar que as medidas devem ser aplicadas somente pelo período necessário para dispersar essa grave deterioração (BRASIL, 2019).

Na legislação brasileira, existe um órgão que possui o papel de coordenação sobre a utilização desses mecanismos de salvaguarda e anti*dumping*, nos termos do que se vislumbra pelo Decreto nº 4.732, de 10 de junho de 2003 (BRASIL, 2019), alterado pelo Decreto nº 8.807, de 12 de julho de 2016 (BRASIL, 2019), assegurando que a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), que integra o Conselho do Governo, deve cuidar desses casos.

Logo no seu artigo 1º, o Decreto aduz que a CAMEX “tem por objetivo a formulação, a adoção, a implementação e a coordenação de políticas e de atividades relativas ao comércio exterior de bens e serviços” (BRASIL, 2019), complementando que tudo isso com o fito de “promover o comércio exterior, os investimentos e a competitividade internacional do País” (BRASIL, 2019).

Um caso interessante, que pode ser citado, do uso de medidas de salvaguarda pela CAMEX foi em desfavor da China, especificamente sobre os produtos têxteis, que, conforme notícia veiculada no dia 22 de junho de 2005, informou que durante um período de três meses, a China “deveria aplicar automaticamente uma autorrestrição de exportação de seus produtos, de forma que não ultrapasse em 7,5% a média dos 14 meses anteriores (6% para o caso de fibras de lã)” (MANFREDINI, 2019). A salvaguarda, nesse caso, valeu por um ano.

Vale consignar que as medidas de salvaguarda são medidas que não se confundem com medidas anti*dumping*, pois são regulamentadas pelo Estado, de forma pública e temporária para resguardar algum momento de grave crise de algum setor industrial.

As medidas compensatórias, por sua vez, têm o escopo de eliminar o dano (ou ameaça de dano) causado à indústria doméstica pela importação de algum produto beneficiado por subsídio concedido no país exportador (BRASIL, 2019). Há, por isso, requisitos a serem atendidos para aplicação de medidas compensatórias, quais sejam, que exista a necessidade de demonstrar a existência de subsídio acionável, que desse subsídio haja dano à indústria doméstica e que exista relação causal entre estes, apurados por meio de investigação aberta com essa finalidade.

Segundo é imposto pela legislação, o direito de usar as medidas compensatórias ocorrerá mediante a cobrança de importância, em moeda corrente do País, que corresponderá ao percentual igual ou inferior ao montante do subsídio, por unidade de produto. Será, por isso, calculado pela aplicação de alíquotas *ad valorem* ou específicas, fixas ou variáveis, ou pela conjunção de ambas, sendo aplicado sobre o valor aduaneiro.

Ademais, poderão ser aplicados direitos compensatórios provisórios, na ocasião de se demonstrar que tais medidas são necessárias para o impedimento do dano no curso da investigação, desde que haja decorrido, pelo menos, sessenta dias da data da abertura da investigação e que se tenha determinado, preliminarmente, a existência de subsídio acionável, dano e nexos causal entre esses,

como visto alhures. Esses ditos direitos compensatórios provisórios poderão perdurar por até quatro meses.

A Resolução nº 75, de 27 de agosto de 2014 é um exemplo de aplicação dessas medidas compensatórias, especificamente às importações brasileiras de resinas de polipropileno, decorrentes da África do Sul, da República da Coreia e da Índia. A CAMEX aplicou limitações de 5 anos para às importações (BRASIL, 2019).

Impende consignar que a aplicação de qualquer restrição pela CAMEX, há toda uma investigação, com contraditório, demonstrações numéricas do *dumping*, apuração efetiva de eventuais distorções na livre concorrência, para, após essa análise, serem impostas as restrições, como acima.

No caso em tela, após embasada análise, foi efetivamente demonstrada a existência de *dumping* nas exportações de resina de polipropileno da África do Sul, da Coreia do Sul e da Índia para o Brasil, com existência de dano à indústria brasileira, o que fomentou a aplicação da medida de salvaguarda acima indicada (BRASIL, 2019).

Essas prerrogativas acima indicadas decorrem da Lei nº 9.019/95, que dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo *Anti-dumping* e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios, e dá outras providências (BRASIL, 2019).

Segundo o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, as medidas compensatórias teriam como objetivo compensar subsídio concedido, direta ou indiretamente, no país exportador, para a fabricação, produção, exportação ou ao transporte de qualquer produto, cuja exportação ao Brasil cause danos à indústria doméstica (BRASIL, 2019).

Ainda, segundo o Ministério, leia-se país Exportador como sendo o país - de origem ou de exportação - onde é concedido o subsídio. Na ocasião de os produtos não sendo exportados para o Brasil diretamente do país exportador, mas a partir de um país intermediário, as transações em questão serão consideradas como tendo ocorrido entre o país exportador e o Brasil (2019).

Esses aspectos sobre subsídios, salvaguarda e medidas compensatórias geram um grande embate entre os países numa relação comercial internacional, uma vez que cada um amealha aquilo que é bom para si e o que não for cria medidas compensatórias, tal qual, um círculo vicioso negativo.

Um caso típico existente seria o da China que há muito tempo vem manipulando seu câmbio para fins de diminuir o preço dos seus produtos e, com isso, injetar seus produtos em vários países mundo afora, a despeito de críticas sobre uso de *dumping* cambial.

Tal embate não é de hoje, vem de muitos anos, como por exemplo em 2011, quando o Brasil chegou a propor uma conversa com organismos internacionais, entre eles o FMI e OMC, acerca dessas práticas chinesas (RENATO, 2019).

Na proposta sugeriu-se que seja realizada uma rodada de negociações capitaneada pelo FMI e pela Organização Mundial do Comércio (OMC), para definir um padrão de políticas cambiais a ser adotado pelos países membros e as sanções a serem aplicadas em caso de manipulação artificial da moeda (RENATO, 2019).

Nesse diapasão, as notícias da época indicam que “é muito difícil estimar o efeito do *dumping* cambial sobre o comércio exterior brasileiro, mas que tem impacto negativo, não tem dúvida”, comentou então vice-presidente da Associação de Comércio Exterior do Brasil (AEB), José Augusto de Castro (RENATO, 2019).

Aprofunda aduzindo que “o *dumping* cambial da China atinge o Brasil direta e indiretamente.” Assim, por essa mudança no câmbio os produtos chineses se tornam mais baratos no mercado interno e também torna a competição mais dura para os produtos brasileiros no exterior (RENATO, 2019).

Nesse mesmo sentido, outra notícia do mesmo ano, relata que o Brasil quer que os países atingidos por essas importações tenham o direito de se defender desse movimento, desde que ele tenha sido motivado pela desvalorização artificial do câmbio do local de origem dos bens (GONÇALVES, 2019).

Assevera Fernando Pimentel (ex-Ministro Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior) que, "quando apresentamos a tese, o meu ministério e o Itamaraty, alguns analistas brasileiros criticaram, disseram que era algo absurdo, mas a OMC aceitou debatê-la e todos os governos dos países emergentes têm enorme interesse nessa discussão" (GONÇALVES, 2019).

Portanto, é um tema de grande repercussão e de difícil solução, haja vista que diz respeito a soberania do país e, ao mesmo tempo, práticas de concorrência desleal, que devem ser observadas pelos organismos internacionais competentes, evitando-se um colapso mundial em alguns países ou favorecendo outros.

#### 4 COMPETÊNCIA MONETÁRIA E SOBERANIA

Um ponto que tem relação direta com a temática sobre *dumping* cambial é a questão da competência monetária do país e a interrelação com a soberania.

Para justificar a pertinência desse tópico, insta salientar que as definições acerca das questões de índole monetária são de competência e da soberania do país. Questões como emissão de moeda, administração das reservas cambiais do País e fiscalização das operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada, sistema monetário, são atribuições privativas da União.

Assim como, política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores e comércio exterior.

Esses pontos estão previstos na Constituição Federal de 1988, nos artigos 21 e 22.

Como elucida José Afonso da Silva (1997, p. 499), “a administração financeira continuará sob o comando geral da União, já que a ela cabe legislar sobre normas gerais de Direito tributário e financeiro e sobre orçamento, restando as outras entidades a legislação suplementa”, conforme dispõe os artigos 24, I, e § 1º do 146 e 163, da Constituição Federal.

Nesse diapasão, as estratégias a serem adotadas pelo Estado no que toca aos critérios monetários, seguem padrões estabelecidos pela nação, com base nas políticas econômicas, em obediência à soberania nacional.

No Brasil, por exemplo, o Banco Central é o órgão responsável e exclusivo por essa atribuição de emitir moeda, conforme elucida o artigo 164, da Constituição Federal. Não poderá o Banco Central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.

Por sua vez, o Banco Central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.

Outra atribuição do Banco Central é a de guardar as disponibilidades de caixa da União, bem como; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público. Ademais, das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais.

Assim, toda a política monetária do Brasil segue as exigências constitucionais e aos critérios políticos do Governo Federal, controlando a economia e fazendo com isso um controle na balança comercial, nos contratos bancários, nas taxas de juros, taxa SELIC, tudo em prol de um desenvolvimento nacional, como prevê o artigo 170, da Constituição Federal.

Ademais, o artigo 163 da Constituição Federal dispõe sobre normas gerais sobre finanças públicas, operações de câmbio, ou seja, disposições sobre questões financeiras e monetárias do país

Nessa toada, as bases orçamentárias também tem ligação íntima com essa temática, haja vista serem as premissas para a estruturação financeira/orçamentária/monetária do Brasil. Por isso, todas as legislações que cuidem do controle financeiro das contas públicas também encontrarão relevância nessa temática do modelo monetário local.

Debruçando sobre esse ponto, a soberania tem impacto direto, haja vista que a Constituição Federal, no artigo 1º e no 170, I, elucidam a soberania como sendo fulcral para o desenvolvimento nacional e das pessoas físicas e jurídicas localizadas no país.

Para José Afonso da Silva (1997, p. 104), soberania é poder político, supremo e independente. Marcelo Caetano (1970, p. 169) obtempera que supremo, pois “não está limitado por nenhuma outra ordem interna”, independente, haja vista que “na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos”.

O termo soberania vem do latim *superanus* e é “o atributo do poder do Estado que o torna independente no plano interno e interdependente no plano externo” (ACQUAVIVA, 2000, p. 54).

Neste jaez, os caminhos a serem adotados pelo Estado no que toca a questão monetária, da valorização da moeda ou desvalorização, são aspectos internos ao país, dentro da sua soberania e das suas normas internas de organização, não podendo, em tese, interferências externas implicarem em alteração dessas regras, uma vez que feriria de morte a soberania e toda essa construção constitucional das normas monetárias.

## 5 DUMPING CAMBIAL E A LIVRE CONCORRÊNCIA

Uma das grandes celeumas e dificuldades dessa temática é saber até quando o país está simplesmente protegendo a sua moeda, dentro das ideias de extrafiscalidade, regulação da balança comercial, ajuste econômico, entre outros pontos ou quando sai da mera proteção e passa a criar mecanismos artificiais na sua moeda para ocasionar prejuízos para outros países, com a colocação de seu produto com preços muito aquém do mercado e ocasionando prejuízos e danos para aquele país.

Como dito alhures, a política cambial do país busca assento em normas constitucionais e da própria soberania do país, que dentro das suas prerrogativas delimita os pontos-chaves ao desenvolvimento de determinadas políticas de cunho a interferir na economia ou em atividades cambiais, focando em critérios eminentemente internos.

Ocorre que, o *dumping* cambial, como já alinhavada as suas ideias, busca suporte nessas bases constitucionais e nos critérios da soberania, para poder interferir no câmbio de maneira artificial e altamente prejudicial para os países concorrentes, fazendo com que haja uma quebra na competitividade natural que deve existir, de maneira saudável, para uma competitividade manipulada e danosa.

Isso, sem dúvida ocasiona problemas deveras graves e, conseqüentemente, viola frontalmente a livre concorrência. É cediço que o mercado deve se autorregular, sem a interferência direta de quaisquer atores, organismos nacionais e/ou internacionais, uma vez que isso repercuta negativamente.

Assim, quando um país modifica sua moeda artificialmente e de forma a querer lesar outros países, deve haver uma medida anti*dumping* por meio dos órgãos autorizados, para voltar a normalidade do mercado, evitando que problemas mais graves se desencadeiem a partir daí.

O grande imbróglio advindo dessa conclusão está na prova e saber se essa interferência no câmbio é ou não necessária internamente para socorrer problemas de ordem interna do país. É exatamente detectar culpa, dolo ou ausência de responsabilidade do país.

Essa preocupação já foi exposta pelo ex-Ministro da Fazenda Guido Mantega, em idos de 2012, ao Valor Econômico, aduzindo que a Organização Mundial do Comércio (OMC) está “desatualizada em matéria de concorrência internacional e comercial” (VILLAVARDE, 2019). Prossegue, asseverando que os países estão utilizando mais a taxa de câmbio como instrumento de incentivo às suas exportações, e menos os instrumentos mais tradicionais, de subsidiar internamente a produção de bens. “Hoje os países utilizam subsídios cambiais, e a OMC não tem mecanismos adequados para investigar e coibir esses subsídios” (VILLAVARDE, 2019).

É exatamente a figura do *dumping* cambial tão presente em vários países que buscam subsidiar cambialmente o preço dos produtos para serem mais atraentes ao mercado internacional.

Nesta trilha de pensamento, a China, como já mencionado em tópico acima, volta à baila, para indicar que realiza essas medidas de *dumping* cambial para subsistência de seus produtos.

O Brasil é um dos possíveis prejudicados por essa ação chinesa, haja vista que com a interferência no câmbio, os produtos continuariam sendo atrativos para outros mercados concorrentes da China e do Brasil, fazendo que com o país sul-americano fique em desvantagem competitiva.

As críticas são feitas ao Correio Braziliense, apontando que os produtos chineses “ganham mais condições de concorrer não por eficiência ou maior produtividade, mas simplesmente

porque adotaram uma política deliberada de atrelar o iuan [moeda chinesa] ao dólar”. Quem afirma isso é Roberto Giannetti da Fonseca, diretor de Comércio Exterior e Relações Internacionais da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) (CORREIO BRASILIENSE, 2019).

Prossegue advogando que “os produtos chineses, que já eram baratos, tiveram os preços reduzidos entre 25% e 30% só no segundo semestre do ano passado com o efeito cambial. “Estão roubando empregos dos concorrentes sem nenhum escrúpulo” (CORREIO BRASILIENSE, 2019).

Assim, esses subsídios concedidos pelo governo chinês, por meio do câmbio, acabam por gerar quebra na livre concorrência do comércio exterior, gerando desequilíbrios competitivos e, não por aspectos de tecnologia, inovação, tributação, mão-de-obra, meio ambiente, mas, sim, por mudanças cambiárias abusivas e artificiais.

Assim, medidas compensatórias adotadas por países prejudicados por essas medidas mostram-se necessárias a coibir ou suavizar esse *dumping* cambial. Com isso, para evitar perdas maiores, os países buscam cercar-se de condutas tendentes a fortalecer o mercado interno.

Nesse ínterim, a OMC vê-se diante de um impasse e de muitas dificuldades de controlar os países, o que faz com que apenas agrave a situação, pois aumenta-se o *dumping* cambial, e, com isso, as medidas compensatórias por parte dos Estados prejudicados.

Essas medidas compensatórias podem se dar por meio de incentivos fiscais, desoneração de carga tributária, desoneração de folha de pagamento, entre outras medidas de cunho financeiro pelo qual o Estado intervém na economia para objetivar um contraveneno para esses subsídios introduzidos pelo *dumping*.

De certa forma, essa solução é paliativa e não soluciona o problema do *dumping* cambial, haja vista que, acaba por atacar o problema e não a causa propriamente dita. Cabe aos órgãos internacionais intensificar o controle dos países, fomentando uma globalização sadia do ponto de vista da subsistência dos atores econômicos, macro e micro, sem que isso cause uma quebra na soberania dos Estados.

## 6 CONCLUSÃO

1. Não é de agora que o mundo vem sofrendo mudanças de cunho econômico, especialmente em decorrência da tecnologia, inovação e empreendedorismo, que aproximam pessoas, bens e Estados. Com essa nova ordem econômica, estreitaram-se as relações comerciais no mercado

externo, fazendo com que um produto fabricado em uma país tenha grande facilidade de circulação para outros, seja do mesmo continente ou não.

2. A partir dessa ótica, muitos conceitos até então existentes de mundo foram se flexibilizando em razão da globalização.

3. Nessa concepção, alguns países vem se utilizando de artifícios para melhorar a competitividade de seus produtos, fazendo com que exista uma melhoria nos índices de exportação.

4. Uma dessas medidas é o *dumping*, que, como é cediço, tem várias espécies, social, ambiental e, o mais importante para o caso em tela, o cambial.

5. *Dumping* é a venda de produtos abaixo do preço de custo para ampliar o mercado e, essa venda abaixo do preço de custo não é decorrente de melhoria na tecnologia, inovação ou logística, mas tão-somente algo superficialmente criado pelo Estado para incentivar o produto local a ser exportado.

6. Vale mencionar que o *dumping* que foi discutido nesse trabalho é aquele decorrente de medidas adotadas pelos Estados para prejudicar o comércio exterior.

7. O malefício mais visível de manobras como essa é o sucateamento ou enfraquecimento da indústria que sofreu com os impactos do acesso desses produtos importados desses países que fazem o *dumping*.

8. O meio pelo qual os países usam dessas ferramentas, para implementação do *dumping*, é a partir da concessão de subsídios, que podem ser das mais variadas ordens possíveis, seja por meio de uma desoneração da carga tributária na produção, na mão-de-obra, nas questões de cunho ambiental, entre outras.

9. Já aquele país atingido pelo *dumping* faz medidas compensatórias no mercado interno ou no aumento da carga de importação para barrar esse *dumping* e evitar males ainda mais gravosos para a sua economia.

10. Isso gera um círculo vicioso negativo, pois um país concede o subsídio o outro concede uma medida compensatória e, ao final, os Estados acabam se enfraquecendo como um todo.

11. No *dumping* cambial não é diferente, haja vista que o Estado cria artificialmente desvalorização da moeda para que o produto possa melhor competir nas exportações.

12. Ocorre que essa questão já se torna mais delicada, uma vez que questões de índole monetária estão dentro do círculo de soberania do país, pelo fato de que internamente o Estado define a política econômica a ser utilizada.

13. Se os organismos internacionais intervierem nessa política acabam por invadir a soberania estatal. Contudo, o que não se pode perder de vista é que em intersecção a isso está a livre concorrência do comércio exterior, que é abalizada pela liberdade de concorrência, não podendo existir barreiras que firam essa liberdade, como no caso do *dumping* cambial.

14. Assim, é papel das entidades internacionais, em especial, a OMC analisar essas trapaças na livre concorrência, impondo medidas de combate para evitar um aumento no desnivelamento dos países, por medidas anticoncorrenciais e ilegais.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Teoria geral do Estado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA, Bruno Rotta; SALLET, Bruna Hoisler. ACESSO À JUSTIÇA E DECOLONIALIDADE: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO DO RÉU INDÍGENA NO BRASIL. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 10, n. 1, p. 95-126, 2022.

AMIN, Mário Miguel; AMIN, Aleph Hassan Costa; SÁ, Letícia Soares. ÁGUA: DIREITO HUMANO OU MERCADORIA? A BUSCA PELA GARANTIA DO ACESSO UNIVERSAL DOS RECURSOS HÍDRICOS ATRAVÉS DA PRIVATIZAÇÃO DO SERVIÇO. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 10, n. 1, p. 505-545, 2022.

ANTUNES, Tereza Cristina Meures; CASAGRANDE, Lilian Patrícia. O *Dumping* social e a proteção aos direitos sociais dos trabalhadores. In: Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS, volume 09, nº02, 2014. Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o\\_dumping\\_social\\_e\\_a\\_protecao\\_aos\\_direitos\\_sociais\\_dos\\_trabalhadores.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_dumping_social_e_a_protecao_aos_direitos_sociais_dos_trabalhadores.pdf). Acesso em: 15 jun. 2019.

BARRAL, Welber. *Dumping* e comércio internacional: a regulamentação anti*dumping* após a rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BLACK, Henry. Black's Law Dictionary. 5. edition, St. Paul, West Publishing Co, 1979.

BRASIL. Decreto nº 4.732, de 10 de junho de 2003. Dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior - CAMEX, da Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4732.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4732.htm). Acesso em 10 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.807, de 12 de julho de 2016. Altera o Decreto nº 4.732, de 10 de junho de 2003, que dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior - CAMEX, e o Decreto nº 4.993, de 18 de fevereiro de 2004, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8807.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8807.htm#art2). Acesso em 10 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.015, de 30 de março de 1995. Dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Anti*dumping* e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9019.htm). Acesso em 10 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/defesa-comercial/205-o-que-e-defesa-comercial/1774-medidas-subsidios-e-medidas-compensatorias>. Acesso em 14 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/index.php/licitacoes-e-contratos-2/9-assuntos/categ-comercio-exterior/162-sistemas-on-line-70>. Acesso em 14 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/defesa-comercial/205-o-que-e-defesa-comercial/1781-salvaguarda-as-medidas-de-salvaguarda>. Acesso em 14 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Princípios. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1886-omc-principios>. Acesso em 15 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Resolução nº 75, de 27 de agosto de 2014. Aplica direito anti*dumping* definitivo, por um prazo de até 5 (cinco) anos, às importações brasileiras de Resinas de Polipropileno, originárias da República da África do Sul, da República da Coreia e da República da Índia. Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/component/content/article/62-resolucoes-da-camex/1391>. Acesso em 14 jun. 2019.

BRASIL. Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/sobre-a-camex>. Acesso em 14 jun. 2019

CAETANO, Marcelo. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. 6. ed. Lisboa. Coimbra Editora, 1970.

CASTRO, Alexander de; BORGIO, Fernanda Andreolla. O CRIME DE STALKING E O ASSÉDIO MORAL: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 10, n. 1, p. 1-24, 2022.

COELHO, Larissa Carvalho; BRUZACA, Ruan Didier. EDUCAÇÃO BÁSICA QUILOMBOLA E A LUTA DE SANTA ROSA DOS PRETOS POR DIREITOS ÉTNICOS: a aplicação da Resolução CNE/CEB nº 8/2012 na UEB Quilombola Elvira Pires. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 10, n. 1, p. 351-382, 2022.

CORREIO BRAZILIENSE. China causa distorção no comércio mundial. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2010/02/14/internas\\_economia,173517/c hina-causa-distorcao-no-comercio-mundial.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2010/02/14/internas_economia,173517/c hina-causa-distorcao-no-comercio-mundial.shtml). Acesso em: 11 jun. 2019.

CRESPO B., Raul. La práctica del *dumping* y los fundamentos del *antidumping*. In: Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura, v. 3, n. 2, p. 58, jul-dic/1997.

DI SENA JÚNIOR, Roberto. Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC. Curitiba: Juruá, 2003.

DOS SANTOS SCHUSTER, Tatiana; BITENCOURT, Caroline Müller. DEVER PODER: LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA FRENTE A TUTELA EFETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 10, n. 1, p. 647-679, 2022.

GONÇALVES, Glauber. OMC vai discutir o '*dumping* cambial'. Estadão. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,omc-vai-discutir-o-dumping-cambial-imp-,798688>. Acesso em: 11 jun. 2019.

GUEDES, Josefina Maria M M. PINHEIRO, Silvia M. *Antidumping*, Subsídios e Medidas Compensatórias. São Paulo: Aduaneiras, 2002

FREITAS, Marta Bramuci de; GUIMARÃES, Jairo de Carvalho. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL E ENCARCERAMENTO DE MULHERES: ANÁLISE DOS INVESTIMENTOS ENTRE 2015-2020. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 10, n. 1, p. 581-627, 2022.

LAGO, Andrea Carla de Moraes Pereira; RAMAJO, Carmem Lúcia Rodrigues; MANETA, Ana Maria Silva. MEDIAÇÃO FAMILIAR: ANÁLISE DE CASES NO ÂMBITO DO CEJUSC-EXTENSÃO UNICESUMAR NO PERÍODO DE 2016 A 2018. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 10, n. 1, p. 56-94, 2022.

KRUGMAN, Paul R.; OBTSFELD, Maurice. Economia Internacional Teoria e Política. 5. ed. São Paulo: Makron Books, 2001.

MANFREDINI, Pricila de Oliveira e Camila. Camex aprova textos que regulamentam salvaguarda contra China. Disponível em: <http://www.comexresponde.comexbrasil.gov.br/portalmduc/////sio/interna/noticia.php?area=I&noticia=6513>. Acesso em 10 jul. 2019.

NASCIMENTO, Diandra Rodrigues; DE PAIVA MEDEIROS, Flávia. O TELETRABALHO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO LABORAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DO DIREITO AO TRABALHO DECENTE. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 10, n. 1, p. 213-232, 2022.

NOMAN, Rafaela Teixeira Vieira. As lacunas do acordo anti*dumping* relacionadas à determinação da prática de *dumping*. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11750/1/2011\\_RafaelaTeixeiraVieiraNoman.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11750/1/2011_RafaelaTeixeiraVieiraNoman.pdf). Acesso em: 09 jun. 2019.

OLIVEIRA, Alexandre Lira de. Necessidade de implementação da legislação anti-circumvention no Brasil para garantia dos direitos anti*dumping*. Disponível em: <https://www.liraatlaw.com/conteudo/necessidade-de-implementacao-da-legislacao-anti-circumvention-no-brasil-para-garantia-dos-direitos-antidumping>. Acesso em: 15 jul. 2019.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. Instrumentos jurídicos contra práticas desleais no comércio internacional. In: Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: Renovar, nº 18, 2000.

RENATO, Paulo. Brasil propõe debater o '*dumping* cambial'. Jornal do Comércio. Disponível em: <http://comexleis.com.br/news/?p=8597>. Acesso em: 11 jun. 2019.

RECK, Janriê Rodrigues; PALUDO, Vivian. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE MORADIA: O FINANCIAMENTO HABITACIONAL SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA DE LUHMANN. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 10, n. 1, p. 289-315, 2022.

SANTOS, Lucas Morgado dos; GOMES, Marcus Alan de Melo. PRISÃO, EDUCAÇÃO E TRABALHO: O DISCURSO OFICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA SOBRE REINSERÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DE EDUCAÇÃO E TRABALHO NO ESTADO DO PARÁ. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 10, n. 1, p. 383-416, 2022.

SILVA, Alice Rocha da. *Dumping* e Direito Internacional Econômico. In: Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2, p.390-417, jul./dez. 2005. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/download/199/174>. Acesso em: 14 jun 2019.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; TATIBANA, Caroline Akemi. COVID-19, idoso e a liberdade de locomoção: uma análise do decreto municipal n. 21.118/20 de São Bernardo do Campo à luz dos direitos de personalidade. *Revista Jurídica - FURB*, vol. 24, n. 55, set./dez. 2020, p. 1 - 26.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; NUNES, Danilo; LEFHELD, Lucas de Souza. Parâmetros jurídicos ao uso de dados pessoais como estratégias de negócios. *Direito Público - IDP*, V. 17, N. 95, p. 248-265, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; SOUZA, Bruna Carolina de. Os direitos humanos e a proteção aos seus defensores: análise à luz da salvaguarda dos direitos de personalidade. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE) - ISSN 2318-5732 - v. 8, n. 3, 2020, p. 159-180.*

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; LIMA, Henriqueta Fernanda C.A.F. Acesso à justiça e inteligência artificial: abordagem a partir da revisão sistemática da literatura. *Revista Argumentum (UNIMAR)*, vol. 21, n. 3, p. 1265 - 1277, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LIMA, Henriqueta Fernanda C.A.F. Multiparentalidade e a efetividade do direito da personalidade aos alimentos: uma análise a partir da visão do Supremo Tribunal Federal no RE 898.060. *Revista Direito em Debate (Unijuí/RS)*, vol. 29, n. 54, p. 246-259, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; NUNES, Danilo. Direitos da personalidade e o teletrabalho: a vulnerabilidade do trabalhador e os impactos legislativos. *Revista jurídica da UNI7*, v. 17, n. 2, 2019, p. 59-72.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RAMIRO, Marcus Geandré Nakano; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Lobby em audiência pública no supremo tribunal federal: instrumentos democráticos para efetivação dos direitos da personalidade feminina. *Revista Direitos Culturais (URI)*, vol. 15, n. 37, p. 339-364, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRUCTUOZO, Lígia Maria Lario. Core crimes ou as violações mais graves aos direitos humanos: a negação aos direitos da personalidade. *Direito e Desenvolvimento*, vol. 11, n. 01, p. 75-91, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline de. Eutanásia social, direito à saúde e os direitos da personalidade: um olhar sobre a pobreza extrema. *Revista Meritum - FUMEC*, vol. 15, n. 1, p. 231-259, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. O mal-estar do homo juridicus e a contra-genealogia da modernidade: o paradoxo entre a personalidade como direito e o imago-Dei

como herança. *Argumenta Journal Law - UENP (Jacarezinho)*, vol. 32, n. 20, jan.-jun./2020, p. 363-383, 2020.

SIQUEIRA, Édson Freitas de. Glossário dos conceitos e termos expostos no anexo, segundo conceitos expressos em “Tratado de Direito Mobiliário e Financeiro Internacional – volume II, “fragilidades dos mecanismos de controle e fiscalização dos sistemas normativos e regulatórios dos mercados mobiliário e Financeiro internacional - solução: aplicação do padrão efs - system - efficient financial safety system. Disponível em: <http://www.edisonsiqueira.com.br/organograma/glossario.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2019.

TOMAZETTE, Marlon. O conceito do *dumping* para a regulamentação multilateral do comércio internacional. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/prismas.v4i1.222>. Acesso em: 15 jul. 2019.

TRIERWEILER, Gustavo Friedrich. As relações de trabalho, o *dumping* e a crise econômica. In: *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, n. 242, p. 81-91, ago. 2009.

VASCONCELOS, Vanessa Lopes; POMPEU, Gina Marcílio; DE AZEVEDO SEGUNDO, Francisco Damazio. DIREITO À EDUCAÇÃO COMO IGUALDADE INICIAL PARA O REFUGIADO: ESTUDO DE POLÍTICAS INCLUSIVAS NOS PAÍSES DE ACOLHIDA. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 10, n. 1, p. 680-707, 2022.

VIEIRA, Maria Margareth Garcia. *A globalização e as relações de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2002.

VILLATORE, Marco Antônio César; GOMES, Eduardo Biacchi. Aspectos sociais e econômicos da livre circulação de trabalhadores e *dumping* social. [2009]. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-sociais-e-econ%C3%B4micos-da-livre-circula%C3%A7%C3%A3o-de-trabalhadores-e-o-dumping-social>. Acesso em: 18 jun. 2019.

VILLAVARDE, João; SIMÃO, Edna; PERES, Bruno. OMC não tem como coibir o '*dumping* cambial', diz ministro da Fazenda. *Valor Econômico*. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/2568406/omc-nao-tem-como-coibir-o-dumping-cambial-diz-ministro-da-fazenda>. Acesso em: 12 jun. 2019.

WOLFFENBÜTTEL, Andréa. O que é? - *Dumping*. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2090:catid=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2090:catid=28&Itemid=23). Acesso em 15 jun. 2019.



O COMPLIANCE DIGITAL - INOVAÇÃO TECNOLÓGICA COM ÊNFASE EM PROTEÇÃO DE DADOS

*DIGITAL COMPLIANCE - TECHNOLOGICAL INNOVATION WITH AN EMPHASIS ON DATA PROTECTION*

Paulo Cezar Dias<sup>1</sup>

Ana Cristina Neves Valotto Postal<sup>2</sup>

Rodrigo Abolis Bastos<sup>3</sup>

RESUMO

Os dados obtidos através de informações e cadastros em geral, têm se tornado uma nova fonte de conhecimento geradora de riqueza a ponto de ser comparado à fonte energética do petróleo. Porém a obtenção de dados não tem-se mostrado um problema, mas a maior questão é como podem ser aplicados para resolução e sua potencialização. Com a popularização das tecnologias temos uma redução severa nas relações interpessoais resultante do compartilhamento da vida própria e alheia nas redes sociais e internet. O presente estudo tem por objetivo demonstrar como a aplicação do compliance digital aliado à tecnologia pode de forma relevante potencializar um ambiente corporativo mais seguro na proteção dos dados tanto nos Setores Privado e Público e cristalino na relação entre clientes, fornecedores e administrados. Portanto, para o desenvolvimento e conclusão da pesquisa, utiliza-se do método bibliográfico, estudo doutrinário, estudos legislativos, com intuito de demonstrar, sem, contudo, esgotar o tema, como o compliance digital servirá como ferramenta de apoio nos Setores Privado e Público, prevenindo os riscos, evitando prejuízos de ordem financeira e quiçá desgaste a reputação da imagem.

Palavras-chave: Compliance. Proteção. Dados. Tecnologia

ABSTRACT

The data obtained through information and registrations in general, has become a new source of knowledge that generates wealth to the point of being compared to the energy source of oil. However, obtaining data has not been a problem, but the biggest question is how they can be applied for resolution and its enhancement. With the popularization of technologies,

---

<sup>1</sup> Professor Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor em Direito pela FADISP-São Paulo e Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito na área de concentração Direito e Estado na Era Digital pelo Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM/SP. Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM.

<sup>3</sup> Mestrando em Direito na área de concentração Direito e Estado na Era Digital pelo Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM/SP. Procurador Jurídico do Município de Marília-SP e Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM.

we have a severe reduction in interpersonal relationships resulting from sharing one's own and others' lives on social networks and the internet.

The present study aims to demonstrate how the application of digital compliance combined with technology can significantly enhance a safer corporate environment in the protection of data both in the Private and Public Sectors and crystal clear in the relationship between customers, suppliers and administrators. Therefore, for the development and conclusion of the research, the bibliographic method, doctrinal study, legislative studies are used, in order to demonstrate, without, however, exhausting the theme, how digital compliance will serve as a support tool in the Private and Public Sectors, preventing risks, avoiding financial losses and perhaps eroding the reputation of image.

**Keywords:** Compliance. Protection. Data. Technology.

## 1. INTRODUÇÃO

Os dados são o novo petróleo, porém com um diferencial, esse é uma fonte esgotável, enquanto os dados encontram-se à disposição, logo o maior desafio será como fazer um bom uso e de maneira coerente.

Denota-se que o *Big Data* trouxe um aumento exponencial da capacidade computacional de extrair e processar um grande volume de dados dos cidadãos, mas o *Big Data* também guarda seu lado sombrio, no que tange as questões de privacidade, segurança, de modo que, torna-se necessário a tutela a fim de evitar lesão ao direito dos cidadãos, e isso ocorreu em razão da popularização das tecnologias.

Procura-se no presente artigo traçar um panorama histórico acerca da normatização da proteção à privacidade pelo mundo, em especial a legislação pátria, tornando-se indispensável o desenvolvimento de garantias legais.

Observa-se assim a necessidade de ter um aliado das ferramentas tecnológicas, sendo o *Compliance* Digital esse escopo, capaz de direcionar o ambiente privado e público a mitigar os riscos, no manuseio deste arcabouço de dados produzidos.

## 2. OS DADOS COMO FONTE DE CONHECIMENTO E PODER

Morelli (2021, p. 133) cita a frase “Os dados são o novo petróleo”, do matemático londrino Clive Humby que repercutiu no mundo e trouxe uma nova esperança não só de conhecimento, mas também de geração de riqueza e poder.

De acordo com Baldo (2018, p. 1): “a frase repercutiu bastante e foi uma das manifestações que começou a despertar na mente de executivos a percepção de que há muito a ganhar (ou perder) com a triagem cuidadosa ou descuidada do chamado “big data”.”

Figura 1: Dados são o novo petróleo! O que você tem feito com os seus dados?



Fonte: Revista de Segurança Eletrônica<sup>4</sup>

Com efeito, essa comparação ganhou força nos últimos tempos para evidenciar a transformação pela qual a sociedade e os negócios passaram a demonstrar que os dados são o novo petróleo da sociedade moderna. Esse mantra foi repetido por consultores, executivos e interessados na digitalização. Para Ajay Banga, CEO da Mastercard, a comparação faz sentido, exceto por um pequeno detalhe. "A diferença é que o petróleo vai acabar um dia. Os dados, não", afirmou durante o Master Minds, evento de inovação da Mastercard realizado em São Paulo no ano de 2019. (Revista Época, 2019).

A visão do CEO Ajay Banga faz sentido, visto que os dados apresentam fonte inesgotável, enquanto o petróleo um dia vai se erradicar. Assim enquanto o petróleo precisa localizar reservas subterrâneas para encontrá-lo, o enfoque do mundo dos dados é outro, como estão a nossa disposição localizá-los não é um problema, mas seu maior desafio é como fazer o bom uso de possibilidades infinitas.

Com isso, Morelli (2021, p. 135) expõe:

destaca que os dados, hoje, alimentam sofisticados algoritmos que se prestam a inúmeras funções, e que potencializam resultados, podendo prever melhores momentos para a compra e venda de ações no mercado acionário, podem estimar altas e baixas de produtos no mercado futuro (e efetivamente realizar as vendas e compras que entender necessárias para assegurar o melhor preço), podem extrapolar dados de previsão de tempo e gerar previsões mais precisas de

<sup>4</sup> Disponível em: <https://revistasegurancaeletronica.com.br/dados-sao-novo-petroleo/>. Acesso em 15/09/2022

tempestades, podem maximizar os dados de compras de consumidores e traçar padrões estimando os níveis de stress da população, padrões de consumo para o estabelecimento de propagandas direcionadas, ou até mesmo, como o célebre caso do supermercado que, usando de um algoritmo para identificar padrões de compra para oferta de promoções acabou antecipando que uma de suas consumidoras estava grávida.

Assim é certo que quem souber fazer o bom uso dos dados e aproveitar todo o seu potencial sai na frente, e claro, só tem a ganhar.

Mas segundo, Balbo (2018, p. 2): “o *big data* também possui seu lado sombrio, de modo que o perigo engloba questões de privacidade, segurança e chega à probabilidade, necessitando assim de tutela para evitar verdadeira lesão de direitos.”

Dessa forma, sendo os dados relevante fonte de riqueza e poder como propiciar o seu uso sem que haja infração a direitos, inclusive fundamentais, como a privacidade?

### 3. DOS INSTRUMENTOS LEGAIS DE PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE

Com a popularização das tecnologias é evidente que tivemos uma perda severa da privacidade nas relações interpessoais, resultante do compartilhamento exacerbado da vida própria e alheia nas redes sociais e internet.

Nesse passo, é certo que a proteção da privacidade ganhava relevância desde a Segunda Guerra Mundial, com o cometimento de abusos dos governos contra os cidadãos com relevante destaque para o governo Nazista.

Cabe destacar que depois que Adolf Hitler tornou-se chanceler da Alemanha, em janeiro de 1933, ele agiu rapidamente para transformar o país em uma ditadura com um único partido, e organizou uma força policial especialmente para a garantia das políticas nazistas com a persuasão do seu gabinete para declarar estado de emergência e a abolir direitos individuais, incluindo a liberdade de imprensa, de expressão e de reunião, e logicamente os indivíduos também perderam o direito à privacidade, o que significava que os nazistas podiam ler suas correspondências, escutar suas conversas telefônicas e revistar suas casas sem necessidade de mandado de busca ou apreensão.

Nesse passo, ao lado das atrocidades que marcaram a história o conceito do Direito à Privacidade ganha existência a partir da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953), onde precisamente em seu artigo 8º disciplinou que “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

Percebe-se que neste momento o mundo passou se importar com a proteção da privacidade, face os inúmeros abusos cometidos na história da humanidade e muito mais evidenciados durante a guerra pelos governos.

De acordo com Cavalari (2020, p. 52) nos EUA, surgiu o *Fair Credit Reporting Act* de 1970, com foco na regulação dos relatórios de crédito dos consumidores, e o *Privacy Act* de 1974, aplicável à Administração Pública.

Com efeito, a lei do *Fair Credit Reporting Act* (FCRA) regulamenta a coleta de informações de crédito dos consumidores e o acesso a seus relatórios de crédito e visa tratar com justiça, precisão e privacidade as informações pessoais contidas nos arquivos das agências de relatórios de crédito do sistema financeiro americano.

Já o *Privacy Act* de 1974 tem por objetivo estabelecer a regulamentação de práticas de informações justas que rege a coleta, manutenção, uso e a disseminação de informações sobre indivíduos mantidas em banco de sistemas de registros por agências federais dos EUA.

Com efeito, seguindo a história podemos evidenciar que na Convenção 108 de 1981 do Conselho da Europa disciplinou a Proteção das Pessoas Singulares, no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais e se destacou como o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo para a proteção de dados.

A nossa Constituição Federal de 1988, teve destaque no rol dos instrumentos protetivos da privacidade, conforme comprova o seu artigo 5º, inciso X, que disciplina expressamente o princípio da inviolabilidade à privacidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ainda em destaque temos a Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que disciplina o Código de Defesa do Consumidor, onde mais precisamente em seu artigo 43 dispõe que o consumidor terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados, bem como, sobre as suas respectivas fontes.

De acordo com Cavalari (2020, p. 52 *apud* BIONI, 2019, p. 126):

O Código de Defesa do Consumidor disciplinou no rol do artigo 43, os bancos de dados e cadastros dos consumidores, observa-se a amplitude do dispositivo em questão, indo muito além, portanto, dos bancos de dados de informações negativas para fins de concessão de crédito.

De acordo com o disposto no artigo 43, § 2º, do CDC, o consumidor deverá ser notificado da abertura de um banco de dados pessoais por ele não solicitado, ou seja, a legislação consumerista optou por conferir ao consumidor o direito de controlar os seus dados pessoais, bem como em estipular que o consumidor seja capaz de autodeterminar as suas informações pessoais.

Ainda seguindo a história, temos em destaque a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, onde em seu artigo 8º, item I, estabeleceu que todas as pessoas têm direito à proteção de dados, demarcando esta proteção o caráter pessoal.

Além disso, com a Lei Federal 12.414, de 09 de junho de 2011, o Brasil disciplinou os cadastros positivo e negativo, para fins de concessão de crédito.

De acordo com Cavalari (2020, p. 52 *apud* COSTA, 2012, p. 72), referida lei estabeleceu:

[...]a formação do banco de dados sob um conjunto de dados relativos às operações financeiras de adimplemento para fins de concessão de crédito, analisando não somente os dados relativos às dívidas não pagas, mas também informações que possam demonstrar dados positivos sobre a capacidade financeira e histórico de adimplemento do indivíduo.

Deve ser explicitado, conforme Cavalari (2020, p. 53 *apud* MENDES, 2014, p. 146) que a tal instrumento normativo ainda consolidou:

[...]a evolução do conceito de autodeterminação informativa no nosso ordenamento jurídico disciplinando mecanismos de controle do indivíduo sobre os seus dados, atribuindo a ele o poder de decidir se tem interesse ou não em formar esse histórico e de decidir quando deseja cancelá-lo.

Já o Marco Civil da Internet (MCI), instituído pela Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, disciplinou em seu artigo 7º princípios e obrigações relacionadas ao tratamento de dados pessoais na Internet, com ênfase ao consentimento expresso do usuário e a exclusão de seus dados pessoais.

E a muito esperada e importante Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, - Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, e que teve sua vigência somente no ano de 2020 de acordo com Cavalari (2020, p. 54 *apud* BLUM & MALDONADO, 2018, p. 25 e 26):

[...]anuncia como submetidos ao regulamento qualquer pessoa natural ou pessoa jurídica, de direito público ou privado, que realize algum tipo de operação de tratamento de dados. Nessas operações de tratamento estão incluídas a coleta, produção, recepção, classificação e processamento de dados pessoais. São excluídos da aplicação do tratamento de dados pessoais que forem feitos por pessoa física, para fins particulares e não comerciais ou dados para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos e acadêmicos.

Com efeito, é certo que a LGPD protege pessoas físicas, já as pessoas jurídicas que se sentirem lesadas podem recorrer ao Código de Defesa do Consumidor como instrumento normativo de proteção.

De acordo com Bezerra & Watz (2014):

ainda que a internet tenha propiciado mais democratização na concessão de vozes por meio de uma proliferação de polos emissores, por ela também espreita uma miríade de ameaças a liberdades democráticas, principalmente contra a defesa da privacidade, que em teoria apregoada consensualmente por quase todos os atores envolvidos na rede, é posta em xeque por ações de espionagem e vigilância de governos e grandes empresas, de modo que a neutralidade da rede, por sua vez, é ponto de divergência entre o interesse público e de provedoras de internet, no Brasil e ao redor do mundo.

Aliás, tanto o Marco Civil da Internet como Lei Geral de Proteção de Dados, tentam resolver o maior problema criado pela internet: proteger dados sem inviabilizar a atividade econômica além do estritamente necessário.

Assim, podemos observar que a inovação tecnológica e os meios de comunicação são indispensáveis nos ambientes corporativos, todavia, a necessidade de adequação quanto à compreensão do que se trata a privacidade online e o tratamento de dados são indispensáveis nos ambientes corporativos, uma vez o compartilhamento de dados pessoais quando utilizados no intuito de prejudicar alguém, ou a própria organização podem trazer danos imensuráveis. (CAVALARI, 2020, p. 54)

#### 4. O *COMPLIANCE* DIGITAL NA PROTEÇÃO DE DADOS

Com a inovação tecnológica houve uma expansão em diversos ramos da sociedade, inclusive do mundo dos negócios, nesse passo é certo que hodiernamente empresa que pretende integrar a tal transformação precisa se adequar para estimular a tomada de risco, incentivar a inovação e desenvolver um ambiente de trabalho corporativo.

Nesse passo, conforme Cavalari (2020, p. 47 *apud* JIMENE, 2019) destaca:

[...]atualmente os dados corporativos das organizações encontram-se armazenados em diferentes ambientes: servidores da empresa ou em nuvem, notebooks, celulares, tablets, smartwatches, pendrives e aplicações de Internet, corporativas ou muitas vezes particulares, de modo que, nos dias atuais, WhatsApp, Facebook e LinkedIn, por exemplo, são ferramentas utilizadas, ao mesmo tempo, para marcar o jantar com a família e fechar grandes negócios.

Assim, com o *Big Data* é evidente o aumento da capacidade computacional de extração e processamento de grande volume de dados, com repercussão no contexto da economia compartilhada e do capitalismo de vigilância, os quais se valem da mineração das informações produzidas pelos usuários de dispositivos computacionais para o possível fomento econômico dos dados. (SILVA, 2019)

De acordo com Cavalari (2020, p. 48 *apud* GALLOWAY, 2017, p. 259), destaca que: “o capitalismo de vigilância referido acima nada mais é senão a venda dos dados que fornecemos, em sua grande maioria gratuita, às grandes empresas de tecnologia, como *Google, Facebook, Apple e Amazon* – os quatro maiores cavaleiros dentro tantas outras.”

Com efeito, segundo Valadares (2021, p. 2), explica que ante a intensidade da interação com novas tecnologias e do uso da Internet, nota-se a vigência de uma “economia da dádiva”, com fornecimento de serviços gratuitos em troca da coleta massiva de dados, mas com a superexposição às novas tecnologias e aos sistemas de inteligência artificial (IA) possuem peso significativo na própria formação da personalidade, da subjetividade de cada indivíduo, justamente por lidarem com o processamento constante de informações de cunho muito íntimo e sensível das pessoas naturais.

Assim, diante dos apontamentos acima verifica-se a relevante importância da proteção dos dados no mundo, de modo que é indispensável o desenvolvimento de garantias legais para a proteção da privacidade decorrente da colheita de informações dos administrados e pelos governos, por exemplo Edward Snowden no *Wikileaks* – bem como os grandes vazamentos e controle de temas, inclusive eleições – a exemplo disso o caso da empresa *Cambridge Analytica*, fazendo a sociedade se preocupar com o trânsito tão rápido de dados e, principalmente, com o destino e utilização dos mesmos. (CAVALARI, 2020, p. 48),

Com efeito, Aragão (2022, p. 47) destaca que o escândalo que estourou em 2017, envolvendo a empresa inglesa *Cambridge Analytica* e o *Facebook*, demonstrou em primeira mão a instrumentalização dos dados de usuários para fins políticos, conforme ressaltado por estudos sobre o crescimento das redes, o uso das informações é feito de forma irregular, sem que as pessoas saibam que seus dados estão sendo processados.

De acordo com Aragão (2022, p. 47 *apud* CALDAS, 2019), é certo que o uso das informações é feito de forma irregular, sem que as pessoas saibam que seus dados estão sendo processados. Envolvida tanto na campanha presidencial de Donald Trump, nos Estados Unidos, quanto na campanha do *Brexit*, no Reino Unido, a *Cambridge Analytica* analisava o *big data* e

direcionava ações nas redes sociais aos usuários que estariam mais propensos a mudar de opinião, para alterar as previsões eleitorais através da manipulação do voto.

Aliás, o caso Edward Snowden no *Wikileaks*, trouxe à tona que celulares, computadores e a Internet podem ser aplicados para monitorar as conversas, atividades e deslocamentos de cidadãos comuns e até pessoas importantes, tais como por exemplo políticos brasileiros, como o caso do monitoramento de Dilma Rousseff em diálogos com os seus principais assessores (CAVALARI, 2020, p. 48).

Além disso, em punição o *Facebook* foi multado em 5 bilhões de dólares – aproximadamente 18,7 bilhões de reais – por ter violado as regras de privacidade de seus usuários no caso *Cambridge Analytica*. A multa, recorde no setor de tecnologia, coincide com a punição que a própria empresa tinha previsto em abril, quando apresentou seus resultados (CAVALARI, 2020, p. 48).

E os abusos não pararam só em escândalos políticos, pois recentemente a Comissão de Proteção de Informações Pessoais da Coreia do Sul apontou que o *Google* e a *Meta* violaram as leis de privacidade do país, coletando informações de usuários para anúncios personalizados, onde a *Meta*, dona do *Facebook*, *Instagram*, *Messenger* e *WhatsApp*, recebeu uma multa de cerca de 44 milhões de dólares – aproximadamente R\$ 227 milhões e o *Google* foi autuado em US\$ 50 milhões, que representa cerca de 258 milhões de reais (Revista Olhar Digital, 2022).

Nesse passo, Cavalari (2020, p 49 *apud* SILVA 2019), destaca que:

A atenção do legislador sobre a temática privacidade e proteção de dados dos usuários, se volta à proteção da privacidade daqueles, levando em consideração o expressivo aumento dos maiores players desse cenário, quais sejam, as empresas de tecnologia.

Aliás, de acordo com Blum (2018, p. 66), tanto pelo *General Data Protection Regulation GDPR* quanto pela a Lei Geral da Proteção de Dados – LGPD, ao regulamento da responsabilidade pelo tratamento, uso, coleta, armazenamento e transferência dos dados, são disciplinadas diversas condutas a serem respeitadas pelas organizações para que possam estar em conformidade com as normas.

Com efeito, Blum (2018, p. 13), vai além destacando que o *compliance* digital adquire maior atenção, pois o dever de guarda e proteção dos dados envolve, pela norma vigente no Brasil, não apenas os dados digitais, mas também o meio físico, de modo que a conformidade não pode se limitar ao banco de dados e arquivos digitais, devendo também atentar para arquivos físicos em papel ou em outro meio de armazenamento.

Nesse passo, de acordo com Frazão, Oliva e Abílio (2019, p. 695) observa-se que o *compliance* de dados não se limita apenas ao relacionamento com consumidores, mas acaba por repercutir em várias esferas da atividade empresarial, a demandar adaptação também de setores que, inicialmente, não estariam diretamente relacionados com a LGPD. O *compliance* de dados assume caráter transversal, a tornar necessário rever os padrões de conduta estabelecidos para cumprimento de outras normas. Remeta-se, mais uma vez, à relação de trabalho: as regras de conformidade adotadas nesse setor deverão ser atualizadas para contemplar também os preceitos da LGPD, evitando-se, por exemplo, a coleta de dados desnecessários ou cujo emprego possa ser considerado discriminatório.

Em complemento ao entendimento em referência Cavalari (2020, p. 49 *apud* ASSIS 2018, p. 91), a implementação de um Programa de *Compliance* impõe a observância de deveres de prevenção e análise de riscos, mediante adoção de uma cultura corporativa ética e transparente nas atividades organizacionais, mediante a identificação de funções e de responsabilidades, as quais também devem estar normatizadas e documentadas, de modo que as responsabilidades devem ser claras e bem definidas para que cada área responsável pela gestão de riscos e controles conheça seus limites e obrigações na estrutura organizacional, pois é comum pessoas agirem da mesma forma e obterem resultados diferentes.

Mas, diante de todo o contexto apresentado, quais são os elementos para a aplicação do *compliance* em proteção de dados? Por certo um dos requisitos é a criação e informação de um código de conduta, que defina a postura ética empresarial.

Segundo, Costa & Medeiros (2019, p. 86) o código de conduta será o principal documento do Programa de *Compliance*, pois nele estarão inseridos os valores que guia a corporação e serão impostos a todos os funcionários, fornecedores, parceiros e quaisquer outras organizações e pessoas que se relacionem com a empresa.

Portanto, o Programa de *Compliance* terá como um de seus objetivos, por meio do código de conduta, transferir a todos os que compõem a empresa a missão, a visão e os valores daquela, almejando que estes sejam assimilados e absorvidos pelos que compõem a companhia e passem a agir de forma mais íntegra nas relações interpessoais ao representarem a organização, conforme Costa & Medeiros (2019, p. 86).

Outro elemento primordial para um bom Programa de *Compliance* será um canal de denúncias, que possibilite aos *stakeholders* denunciarem atos ilícitos, de forma anônima.

De acordo com Moura (2016, p. 17 *apud* BOAVENTURA 2009) termo *stakeholder* surgiu em 1963 e foi inicialmente utilizado na área de administração em memorando interno do *Stanford Research Institute* (SRI). O conceito de *stakeholder* indicava todos os grupos dos quais a empresa dependia, e sem eles, a organização deixaria de existir. De acordo com o referido documento,

os grupos de *stakeholders* englobavam acionistas, empregados, clientes, fornecedores, credores e a sociedade, e propunha que os gestores conhecessem as necessidades destes entes e alinhassem aos objetivos.

Com efeito, para as implicações do Programa de *Compliance* Digital é de suma relevância existência de um canal de denúncias anônimas, para que os *stakeholders*, possam identificar e denunciar os problemas para assim atuar na prevenção dos riscos e prejuízos.

Ainda outro elemento importante é a contratação de um *compliance officer*, que será responsável pela informação e fiscalização no cumprimento do programa de integridade.

Crespo (2021, p. 100) destaca que na medida em que as empresas entenderam a necessidade de investir em *Compliance*, nasceu uma nova profissão: a do *Compliance Officer* e no mundo, desde o início dos anos 2000 esta posição tem sido muito procurada. A SCCE apresenta em seu *website* que possui mais de 7.500 profissionais da área de *Compliance*, espalhados ao redor do mundo, como seus associados. Já no Brasil, desde o advento da lei anticorrupção em 2013, esta posição, que já era importante em multinacionais, tem sido cada vez mais requisitada e valorizada.

Nesse passo, é certo que o trabalho deste profissional é garantir o mapeamento, prevenção e gerenciamento de riscos para a empresa e sua reputação, assim como para seus colaboradores, conselho e investidores. Em razão da ampla necessidade de entender e antecipar riscos distintos, muitas empresas preferem ter advogados como responsáveis pelo programa de *Compliance*, outras optam por colocar nesta posição profissionais que tenham conhecimento e expertise mais específicos relacionados à área onde a referida instituição entende estar mais exposta a risco. Assim o *Compliance Officer* possui dentre suas obrigações três principais pilares importantes: PREVENIR, DETECTAR e RESPONDER (CRESPO, 2021, p. 100).

Cavalari (2020, p.50 *apud* LAMBOY 2017, 43) ainda complementa destacando que o *compliance officer*:

é peça fundamental e indispensável para a efetividade, supervisão e gerenciamento do programa de *compliance* e para que ele atinja os seus objetivos na empresa. Ele é um agente promotor da integridade na organização, um gestor da integridade. Pode ser contratado pela própria organização, ou ser profissional terceirizado, ou até mesmo empresa terceirizada para desempenhar tais funções.

A seguir apresentamos um quadro demonstrativo do Programa de *Compliance* da EMBRAER que sintetiza os entendimentos em referência e que pode ser usado em qualquer Programa de *Compliance*, inclusive o Digital, para assim obter a extração de seus melhores resultados:

Figura 2: Programa de Compliance da EMBRAER



Fonte: Instituto Brasileiro de *Compliance* - IBC<sup>5</sup>

Pela demonstração acima deve ser observado que o Programa de *Compliance* deve ser aplicado de forma cíclica, e em uma espécie de *loop* infinito, para assim se manter atualizado e com tomadas de decisões precisas aptas prevenir riscos prejuízos e com aplicabilidade tanto nos setores público e privado.

Dessa forma, é certo que com as inovações tecnológicas e as transformações trazidas por instrumentos normativos, inclusive GDPR e LGPD, o Programa de *Compliance* Digital torna-se um aliado das ferramentas tecnológicas no ambiente da corporação, posto que, diante da rotina procedimental será possível observar e corrigir os riscos, bem como formular medidas de prevenção para respeitar as regras aplicáveis às tecnologias da informação, repelindo danos que possam resultar em prejuízos, tais como aplicação de multas e sanções que possam macular a integridade e credibilidade no meio social.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer dos tempos os dados passaram a ter grande valor a ponto de serem comparados ao petróleo, conforme a frase citada pelo matemático londrino Clive Humb - “Os dados são o novo petróleo” com repercussão mundial e até nos negócios, onde esse verdadeiro mantra foi

<sup>5</sup> Disponível em: Página do Instituto Brasileiro de *Compliance* - <https://ibcompliance.com.br/2016/11/25/vale-conhecer-e-analisar-o-programa-de-compliance-da-embraer/>. Acesso em 15/09/2022.

repetido de modo que Ajay Banga, CEO da Mastercard, destacou tal comparação faz sentido, exceto por um pequeno detalhe que o petróleo vai acabar um dia.

Dessa forma, podemos concluir que os dados são uma fonte inesgotável de possibilidades, geradores de benefícios para aqueles que souberem aproveitar o seu potencial no cruzamento para obtenção de resultados, que podem potencializar diversos ramos da sociedade, inclusive na implementação de políticas públicas.

Por certo, aliado à aceleração do crescimento tecnológico criou-se uma verdadeira redução da privacidade dos dados lançados no meio digital - canais e *internet*, a ponto de desencadear no mundo uma preocupação para a obtenção de instrumentos legais reguladores decorrentes de uma evolução histórica até chegar no Brasil a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a tão conhecida Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

Nesse passo, vimos que o *Compliance* Digital apresenta elementos essenciais tais como: o código de conduta, o canal de denúncias e a contratação de um *compliance officer*, para assim viabilizar a adoção de ações de prevenção, detecção e de resposta para obtenção de resultados significativos para o ambiente corporativo.

Nesta seara, o Programa de *Compliance* deve ser cíclico, em *loop* infinito, para assim manter uma atualização constante para propiciar o seu alto grau de eficiência, e como resultado privilegiará um ambiente corporativo mais seguro e eficiente, bem como para a construção de relações cristalinas com fornecedores, clientes e administrados, tanto nos Setores Privado e como Público.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, M. de A. G. O IMPACTO DO FACEBOOK SOBRE O SUL GLOBAL: O QUE ACONTECE QUANDO NÃO SE IMPORTA O SUFICIENTE. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/fronteira/article/view/26210/19928>. Acesso em 15/09/2022.

BALDO, Wallace. COMO O OMBUDSMAN DE DADOS PODE REFORÇAR A MULTIDISCIPLINARIDADE NA COMUNICAÇÃO ORGANIZACIONAL? Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nacional2018/resumos/R13-0334-1.pdf>. Acesso em: 10/09/2022.

BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. PRIVACIDADE, NEUTRALIDADE E INIMPUTABILIDADE DA INTERNET NO BRASIL: AVANÇOS E DEFICIÊNCIAS NO PROJETO DO MARCO CIVIL. REVISTA DE ELETRÔNICA INTERNACIONAL DE ECONOMIA POLÍTICA DA INFORMAÇÃO DA COMUNICAÇÃO E DA CULTURA, Florianópolis, v.16, n.2, p.157-171, maio/ago. 2014.

BLUM, Renato Opice. MALDONADO, Viviane. COMENTÁRIOS AO GDPR: REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2018, p. 13 e 66.

BRASIL. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496457/000970346.pdf>. Acesso em: 11/09/2022.

BRASIL. Lei Federal 12.414, de 09 de junho de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.414%2C%20DE%209%20DE%20JUNHO%20DE%202011.&text=Disciplina%20a%20forma%C3%A7%C3%A3o%20e%20consulta,forma%C3%A7%C3%A3o%20de%20hist%C3%B3rico%20de%20cr%C3%A9dito](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.414%2C%20DE%209%20DE%20JUNHO%20DE%202011.&text=Disciplina%20a%20forma%C3%A7%C3%A3o%20e%20consulta,forma%C3%A7%C3%A3o%20de%20hist%C3%B3rico%20de%20cr%C3%A9dito). Acesso em: 12/09/2022.

BRASIL. Constituição da República do Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm) Acesso em 11/09/2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – Marco Civil da Internet. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 12/09/2022.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA DE 2000. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em 11/09/2022.

CAVALARI, Ana Paula França. O COMPLIANCE DIGITAL COMO TECNOLOGIA DE GESTÃO. Disponível em: [http://www.esars.com.br/ebooks/E-BOOK\\_ELAS\\_NA\\_ADVOCACIA\\_COMPLETO.pdf](http://www.esars.com.br/ebooks/E-BOOK_ELAS_NA_ADVOCACIA_COMPLETO.pdf). Acesso em: 11/09/22.

CRESPO, Liana Irani Affonso Cunha. COMPLIANCE OFFICER E EFETIVIDADE: SOBRE AS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA GARANTIR A AÇÃO EFETIVA DO PROGRAMA DE COMPLIANCE. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/28412/Liana%20Irani%20Affonso%20Cunha%20Crespo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16/09/2022.

CONVENÇÃO 108. Conselho da Europa. Proteção de Dados Pessoais. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU\\_4.2.8.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf). Acesso em 10/09/2022.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Disponível em [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf) Acesso em 09/09/2022.

COSTA. Fernando Medeiros Costa. MEDEIROS Nilton Carvalho Lima de. ELEMENTOS ÉTICOS NO DESENVOLVIMENTO DO CÓDIGO DE CONDUTA PARA IMPLEMENTAÇÃO DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/5592/pdf>. Acesso em: 15/09/2022.

“DADOS SÃO O NOVO PETRÓLEO”, DIZ CEO DA MASTERCARD – EXCETO POR UM PEQUENO DETALHE. Revista Época. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/07/dados-sao-o-novo-petroleo-diz-ceo-da-mastercard.html>. Acesso em 10/09/2022.

FRAZÃO. Ana. OLIVA. Milena Donato. ABILIO, Vivianne da Silveira. COMPLIANCE DE DADOS PESSOAIS E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO BRASILEIRO. 1 ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GOOGLE E META SÃO MULTADOS POR ROUBAR INFORMAÇÕES DE USUÁRIOS NA COREIA DO SUL. Revista Olhar Digital, 2022. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2022/09/14/internet-e-redes-sociais/google-e-meta-sao-multados-por-roubar-informacoes-de-usuarios-na-coreia-do-sul/>. Acesso em: 15/09/2022.

MORELLI. Lucas, CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO E TECNOLOGIA E A EVOLUÇÃO DO DIREITO PRIVADO. Disponível em: <https://periodicosunimes.unimesvirtual.com.br/index.php/direito/article/viewFile/1221/1023>. Acesso em: 10/09/2022.

MOURA. Rosicler Oliveira de. A INFLUÊNCIA DOS STAKEHOLDERS NO DESEMPENHO ORGANIZACIONAL EM EMPRESAS ESTATAIS FEDERAIS. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16985>. Acesso em: 15/09/2022.

O INÍCIO DO TERROR NAZISTA. Enciclopédia do Holocausto. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/the-nazi-terror-begins>. Acesso em: 10/09/2022.

SILVA. Fabiani Oliveira Borges. A RESPONSABILIDADE DO COMPLIANCE OFFICER NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. Revista de Direito e Novas Tecnologias. vol. 3/2019 | Abr - Jun / 2019 | DTR\2019\35399.

VALADARES. Heloisa de Carvalho Feitosa. PRIVACIDADE, PROTEÇÃO DE DADOS E AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: entre a visão patrimonial e de direito fundamental. Disponível em: <https://periodicos.unesc.net/ojs/index.php/AnaisDirH/article/view/7522/6377>. Acesso em 15/09/2022.



## CRÍTICA DA CULPA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

## CRITICISM OF GUILT IN ADMINISTRATIVE MISCONDUCT

Edson Matheus Dantas Vieira<sup>1</sup>Wladimir Rocha França<sup>2</sup>

## RESUMO

A busca pela modernização da gestão pública brasileira afirma-se como uma temática de grande relevância, notadamente após a entrada em vigor da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992). Mais recentemente foram implementadas importantes modificações na referida norma, notadamente com a edição das leis n.º 13.655/2018 e 14.230/2021. Dentre as modificações inseridas, destaca-se a remoção da previsão da responsabilização dos agentes públicos e de terceiros a título de culpa (*stricto sensu*) em atos de improbidade administrativa regidos pela sistemática da Lei n.º 8.429/1992. Diante desta realidade, esta pesquisa tem por enfoque realizar um estudo crítico sobre a remoção do elemento subjetivo culpa (*stricto sensu*) em atos de improbidade administrativa regidos pela citada norma. Para tanto, o método de pesquisa empregado será o bibliográfico e a metodologia adotada será a preconizada pela Dogmática Jurídica, que toma como referência o sistema de Direito Positivo em vigor. O trabalho será estruturado em três capítulos, o primeiro versa sobre a metodologia jurídica e a compreensão do direito, o segundo explora o desenvolvimento legislativo da tutela da probidade administrativa, o terceiro, e último, propõe realizar uma crítica à nova sistemática de responsabilização instituída pela Lei n.º 14.230/2021, com o enfoque na culpa (*stricto sensu*).

**PALAVRAS-CHAVE:** Gestão pública. Culpa. Improbidade administrativa.

## ABSTRACT

The search for the modernization of Brazilian public management is asserted as a topic of great relevance, especially after the Administrative Misconduct Act (Law No. 8.429/1992) coming into force. More recently, important changes were implemented in the referred standard, notably with the enactment of Laws No. 13.655/2018 and 14.230/2021. Among the changes inserted, there is the removal of the provision of liability of public agents and third parties on account of guilt (*stricto sensu*) in acts of administrative misconduct governed by the systematic of Law No. 8.429/1992. In view of this reality, this research is focused on conducting a critical study on the

<sup>1</sup> Advogado. Especialista em Residência Judicial pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestrando em Constituição e Garantia de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

<sup>2</sup> Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

removal of the subjective element of guilt (*stricto sensu*) in acts of administrative misconduct governed by the aforementioned norm. Therefore, the research method used will be bibliographic and the methodology adopted will be that recommended by Legal Dogmatic, which takes as reference the Positive Law system in force. The work will be structured in three chapters, the first one deals with the legal methodology and the understanding of law, the second explores the legislative development of the protection of administrative probity, the third, and last, proposes to carry out a critique of the new system of accountability instituted by Law No. 14.230/2021, with a focus on guilt (*stricto sensu*).

**KEY-WORDS:** Public administration. Fault. Administrative misconduct.

## 1 INTRODUÇÃO

A existência de condutas de má gestão pública, gravemente desonestas ou gravemente ineficientes desafiam os anseios pela busca da modernização do Estado Brasileiro, dilapidando os cofres públicos, maculando a imagem das instituições do país e prejudicando a prestação dos serviços públicos. Apesar da gravidade desses atos é recomendável prudência na responsabilização dos agentes ímprobos. É fundamental que a responsabilização de eventuais agentes públicos e particulares envolvidos seja realizada à luz do estado democrático de direito, evitando-se a contaminação do tratamento da matéria com eventuais concepções morais ou sentimentos particulares de justiça na fiscalização e punição aos eventuais transgressores da lei.

Diante da singularidade da temática, este trabalho terá por enfoque uma das espécies do gênero má gestão pública, qual seja, a improbidade, mais especificamente, a improbidade administrativa. Designadamente, no âmbito do direito administrativo sancionador. A Constituição Federal de 1988 tratou de estabelecer os atos que configuram a improbidade administrativa em seu artigo 37, parágrafo 4º.

Conferindo concretude ao texto constitucional, a Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992 veio a dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos e ao terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade administrativa ou dele se beneficie de forma direta ou indireta.

Os atos de improbidade administrativa encontram-se delimitados, respectivamente, nos artigos 9º, 10 e 11 da supramencionada lei, dividindo-os em atos que importam em enriquecimento ilícito; atos que causam prejuízo ao erário e em atos que atentam contra os princípios da administração pública. Originalmente, apenas para as hipóteses do art. 10 da Lei n.º 8.429/1992 era expressamente previsto que o elemento subjetivo requerido para o tipo poderia ser

tanto o dolo como a culpa, ao passo que os art. 9º e II apenas faziam menção ao elemento subjetivo dolo.

Os debates jurídicos sobre a tutela da probidade administrativa foram renovados a partir de importantes alterações legislativas. Importa apontar, inicialmente, a promulgação da Lei n.º 13.655/2018, a qual inseriu um total de dez novos artigos (arts. 20 a 30) na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), estabelecendo novas balizas interpretativas para o Direito Brasileiro. Posteriormente, a Lei n.º 14.230/2021, promoveu extensa reforma na Lei de Improbidade Administrativa, materializando a retirada, no âmbito desta norma, da possibilidade de responsabilização dos agentes públicos e do terceiro a título de ato de improbidade administrativa de natureza culposa.

Nessa conjuntura, diante da polêmica em torno da admissão do elemento subjetivo culpa para a configuração de ato de improbidade administrativa, renovada a partir das alterações introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021, a presente pesquisa pretende realizar uma crítica ao sistema de responsabilização instituído pela Lei n.º 8.429/1992, com enfoque na remoção do elemento subjetivo culpa (*stricto sensu*) em atos de improbidade administrativa.

Para a concretização desta proposta, este trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro realiza um delineamento da metodologia condutora desta análise, com fins de orientar a compreensão do direito e dos modelos jurídicos trabalhados. O segundo explora o desenvolvimento legislativo mais recente na tutela da probidade administrativa. Por fim, o terceiro, e último, intenta realizar uma crítica à sistemática de responsabilização instituída pela Lei n.º 14.230/2021, com o enfoque no elemento subjetivo culpa em atos de improbidade administrativa.

## 2 MARCO TEÓRICO DA COMPREENSÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para a efetivação da análise jurídica de uma norma deve-se conceber, com nitidez, os pressupostos da interpretação empregada, transparecendo a metodologia e a concepção de direito adotada.

Com base nesses pressupostos, fixa-se, desde logo, que a lei de improbidade pode ser entendida enquanto modelo jurídico. O conceito de “modelo jurídico” deve aqui ser compreendido como espécie do gênero estrutura, esta tomada, nas palavras de Miguel Reale, como “um conjunto de elementos que entre si se correlacionam e se implicam de modo a representar dado campo unitário de significações” (1994, p. 05).

Uma estrutura adquire a qualidade de modelo somente quando, para além de representar, unidiversificadamente, dado complexo de significações, também se converte em razão de ser ou, alternativamente, ponto necessário de partida para novos juízos futuros, possibilitando a abertura de campo para novos cálculos (como nas ciências exatas), ou novas valorações (como nas ciências humanas) (REALE, 1994, p. 07). Nestes termos, o modelo será uma típica estrutura normativa performando como uma expressão do dever-ser, o qual tanto poderá ser um dever ser no plano da idealidade lógico-matemática, como de maneira prescritiva, ou ainda como atitude ou momento de vida em um plano existencial (REALE, 1994, p.07).

Uma vez delimitado o entendimento do que seja estrutura jurídica e fixada a compreensão da Lei de Improbidade Administrativa enquanto modelo jurídico, cabe ressaltar, por óbvio, que as normas jurídicas estão inseridas dentro de uma determinada estrutura social, a qual não será monolítica ou indivisível, compondo-se de múltiplos fatores que se interrelacionam em razão de um ou mais motivos. Conceitos dos mais diversos são invocados para legitimar a aplicação das normas jurídicas, com destaque para os de “ordem jurídica”, “ordenamento jurídico”, ou “sistema jurídico”, devendo-se delimitar o sentido destas expressões, sendo empregada neste trabalho a conceituação proposta por Miguel Reale.

Relativamente ao conceito de “ordenamento jurídico”, este não remonta à totalidade da experiência jurídica, sendo certo que, em termos técnicos, cinge-se apenas àquele componente da experiência jurídica o qual é posto e evolui tal qual o conteúdo das fontes que podem ser diretamente subsumidas ao poder estatal, seja em razão de atos originários estatais (englobando fontes legislativa e jurisdicional), seja de forma derivada em razão de atos cuja a autonomia normativa será reconhecida com validade jurídica própria (exsurge de fontes costumeira e negocial) (REALE, 1994, p.90).

O supracitado conceito será adotado neste trabalho na qualidade de expressão do ordenamento jurídico-estatal, o qual, por sua vez, também é um macromodelo jurídico. Define-se como um conjunto de normas as quais constituem o conteúdo das fontes do direito<sup>3</sup>, existindo, em razão dessa vinculação direta ou indireta à soberania estatal. São *numerus clausus* e existem somente no âmbito da incidência constitucional da sociedade (REALE, 1994, p. 89).

Tem-se, assim, estabelecida a compreensão geral de ordenamento jurídico enquanto macromodelo normativo que circunscreve e regula a experiência jurídica, inclusive direta ou indiretamente relacionada ao estado, ainda que de forma não coincidente. Ao jurista caberá não

---

<sup>3</sup> Para Miguel Reale (2012, p. 140) a expressão “fonte do direito” designa os processos ou meios através dos quais as regras jurídicas são positivadas com legítima força normativa, em outras palavras, com vigência e eficácia no âmbito de uma estrutura normativa. Manifestam-se através de certas estruturas normativas, quais sejam: o ato negocial, os usos e costumes, o processo legislativo e a atividade jurisdicional.

somente interpretá-lo, mas também compreendê-lo por intermédio de modelos científicos ou doutrinários (REALE, 1994, p. 105).

Uma vez objetivado o ordenamento jurídico, diante de seu poder nomotético, e ordenador do espírito, este não deve ser negligenciado. Ele surge como base e instrumento de ação ou de conduta, firmando-se necessário interpretar e desvelar suas consequências práticas, de acordo com a projeção de cada fonte de direito (REALE, 1994, p. 106). Nesta concepção a norma, elemento nuclear do ordenamento, conforma-se como diretriz prescritiva de organização ou de conduta (deve ser válida e eficaz), bem como plataforma a partir da qual os sujeitos de direito podem exercer suas pretensões e exigências (REALE, 1994, p. 106).

Uma vez que a norma jurídica estabelece uma “situação jurídica”, as diretrizes definidas e impostas por ela adquirem um sentido dogmático, nos exatos termos desta na Ciência Jurídica. O dogma, em direito, é uma prescrição que, ressalvada a hipótese de vício de nulidade, não pode, *in limine*, deixar de ser considerado imperativo (REALE, 1994, p. 106).

Com base nas normas jurídicas vigentes o jurista formula as interpretações de natureza doutrinária ou científica, as quais, todavia, serão destituídas de força cogente, possuindo a função limitada de dizer o que os modelos jurídicos significam. Diante das variações possíveis dos critérios e paradigmas interpretativos, as proposições e modelos hermenêuticos, invariavelmente, dependem da posição de cada exegeta, por tal motivo, há o desenvolvimento de distintas teorias ou correntes de pensamento (REALE, 1994, p. 106).

Esses modelos não possuem caráter prescritivo, ou seja, as interpretações formuladas possuem caráter científico ou doutrinário e não são dotados de força cogente. Podem ser divididos em diversas tipologias.

Para Miguel Reale (1994, p. 108) nem tudo o que integra o plano da hermenêutica ou da experiência jurídica insere-se na categoria de “modelo hermenêutico”, isso em razão de dois motivos. Primeiro, a interpretação do Direito pode ser realizada em função de princípios e enunciados, os quais não chegam a se revestir de características estruturais, critério imprescindível para ser possível falar em modelo. Segundo, é importante considerar que nem todos os processos metodológicos destinados à investigação do Direito Objetivo possam, propriamente, constituir “modelos jurídico-hermenêuticos”, uma vez que não diferem dos adotados em outras áreas do conhecimento. Destaque-se que existem normas ou diretrizes de interpretação que são configuradas em função de sua inserção nos quadros do ordenamento jurídico, este último, condicionante da atitude e do processo de conhecimento do pesquisador.

A concepção da experiência normativa deve aqui ser entendida enquanto estrutura histórica concreta. Para Miguel Reale (1994, p. 108), o problema hermenêutico passa a ser resolvido a

partir de três pressupostos sobre a compreensão da norma jurídica. Primeiro, trata-se de um modelo operacional, neste âmbito pode tipificar uma ordem de competência ou disciplinar uma classe de comportamentos (possíveis). Segundo, a sua interpretação deve ser procedida em conjunto com o ordenamento jurídico. Terceiro, essa interpretação deve ter ponto de partida fundado nos fatos e valores que, inicialmente, o constituíram.

Deve-se ponderar que cabe ao jurista atender às mutações e imprevistos da vida social, abertura essa possibilitada pela elasticidade, inerente a todo modelo jurídico. O ordenamento jurídico e a própria sociedade não são monolíticos e estão sujeitos a transformações ao longo do tempo. Não se deve aqui, por óbvio, se dissociar dos valores essenciais de segurança e certeza do ordenamento jurídico em nome de compreensões juristocráticas marcadas pela arbitrariedade dos valores impostos pelo intérprete ou dissociadas do ordenamento jurídico positivo.

Visto isso, a tarefa do intérprete passa a ser um labor fundamentalmente ético, decorrente dos “modelos hermenêuticos” requeridos pela Ciência Jurídica na sua tarefa de modelagem ética da experiência. Essa correlação essencial entre o ato hermenêutico e a estrutura do ordenamento jurídico é denominada por Miguel Reale (1994, p. III) como interpretação estrutural, a qual é orientada pelas seguintes diretrizes, em razão da experiência jurídica:

- a) A interpretação das normas jurídicas tem sempre caráter unitário, devendo suas diversas formas ser consideradas momentos necessários de uma unidade de compreensão (Unidade do processo hermenêutico).
- b) Toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada nas proposições normativas (Natureza axiológica do ato interpretativo).
- c) Toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (Natureza integrada do ato interpretativo).
- d) Nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar a estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (Limites objetivos do processo hermenêutico).
- e) Toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a intencionalidade originária do legislador quanto as exigências fáticas e axiológicas supervenientes, numa compreensão global, ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva (Natureza histórico-concreta do ato interpretativo).
- f) A interpretação jurídica tem como pressuposto a recepção dos modelos jurídicos como entidades lógicas e axiológicas, isto é, válidos segundo exigências racionais, ainda que a sua gênese possa revelar a presença de fatores alógicos (Natureza racional do ato interpretativo).
- g) A interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios da Lógica formal, nem se reduz a uma análise linguística, devendo desenvolver-se segundo exigências da razão histórica entendida como razão problemática ou conjectural (Problematicismo e razoabilidade do processo hermenêutico).

h) Sempre que for possível conciliá-lo com as normas superiores do ordenamento, deve preservar-se a existência do modelo jurídico (Natureza econômica do processo hermenêutico).

i) Entre várias interpretações possíveis, optar por aquela que mais corresponde aos valores éticos da pessoa e da convivência social (Destinação ética do processo interpretativo).

j) Compreensão da interpretação como elemento constitutivo da visão global do mundo e da vida, em cujas coordenadas se situa o quadro normativo objeto da exegese (Globalidade de sentido do processo hermenêutico).

Essas diretrizes correspondem, justamente, aos modelos hermenêuticos do Direito de caráter metodológico. Como visto, a interpretação do direito dependerá, nessa perspectiva, da realidade jurídica na qual encontra-se inserida.

As diretrizes referenciadas também indicam que toda a interpretação jurídica também tem natureza axiológica, sendo relevante destacar as implicações que podem ser aqui deduzidas. A esse respeito, Miguel Reale (1994, p. 113) considera que nos modelos nos quais o valor é posto, prioritariamente, como fundamento da validade e da eficácia, o modelo jurídico aqui demandado também deve possuir sentido predominantemente axiológico.

Tais conclusões não invalidam ou contestam o modelo de base metodológica, apenas conduzem à necessidade de avaliar o problema jurídico da forma como ele é posto. A utilização dos modelos axiológicos será relevante quando o intérprete trabalhar com os princípios ou modelos hermenêuticos inseridos na experiência jurídica.

Os modelos jurídicos de tipo axiológico não são importantes apenas nas mais altas esferas jurídicas nacionais ou estrangeiras. Eles podem ser utilizados nas mais variadas instâncias jurídicas para o desenlace de questões de ordem prática, seja em razão de obscuridade das normas de direito, seja em virtude de antinomias entre elas, somando-se, ademais, no caso especial de lacuna ou omissão da lei (REALE, 1994, p. 113).

Para além dos modelos já abordados, pode-se citar ainda os denominados modelos supletivos ou complementares, os quais encontram fundamento no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Os modelos aqui tratados são os relativos às hipóteses de integração normativa, nomeadamente a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, os quais devem ser aplicados em consonância com a ordem emanada da norma.

Em razão de ser pressuposto pela lei a possibilidade de solução de todo e qualquer caso posto, a própria lei determina que o juiz não se exima de decidir a pretexto de obscuridade ou omissão do ordenamento jurídico, esse é, inclusive o comando inserido no art. 140 do Código de Processo Civil. O magistrado, diante do silêncio ou da ausência de um modelo jurídico aplicável à

relação jurídica controvertida, deve construir um modelo hermenêutico, o que será feito em seu ato decisório.

Relativamente à analogia, o ordenamento jurídico brasileiro alberga tanto a possibilidade de utilização da analogia *legis* como da *iuris* para fins de sua complementação através do recurso a outra disposição legal análoga. Tal constatação é um indicativo de que o Direito Brasileiro consagra e acolhe a denominada tese da plenitude sistemática do macromodelo do ordenamento (REALE, 1994, p. 118).

A invocação da norma análoga apenas terá sentido partindo-se do reconhecimento da unidade lógico-axiológica do sistema global no qual a referida norma se insere (REALE, 1994, p. 118). Não há sentido a aplicação de uma norma atomizada para um caso o qual, a princípio, ela não foi elaborada, configurando-se isso como mero casuísmo ou vontade volitiva arbitrária do intérprete.

Entretanto, quando se trata de uma norma integrada em um ordenamento jurídico, a aplicação dessa norma conforma-se como perfeitamente possível, sendo uma expressão, em verdade, desse mesmo ordenamento jurídico.

O mesmo pode ser aplicado aos usos e costumes para a superação de omissões da lei. Necessário observar que as referidas regras também são modelos jurídicos e o seu caráter eminentemente consuetudinário não desnatura essa condição. Essa previsão trata-se, em verdade, de hipótese de auto-integração do sistema geral.

Quando a analogia e os costumes não resolvem a questão jurídica controvertida restará ao intérprete a utilização dos princípios gerais de direito. Relativamente a este meio de preenchimento das lacunas, importa elucidar que tanto podem ser utilizados princípios gerais em vigor na ordem interna como na internacional. Para Reale (1998, p. 120), deve existir uma hierarquia na utilização destes princípios. Primeiro devem ser utilizados os pertinentes ao ordenamento jurídico pátrio, para só então se aplicar os relativos aos ordenamentos alienígenas.

Em todo caso, quando o magistrado for compelido a prolatar decisão que realize a integração do ordenamento jurídico diante da omissão da lei, esta será comparável a um ato do legislador. Contudo, deve existir uma correlação essencial e síncrona entre o sistema jurídico e o sistema político vigente no País, tendo em vista que uma autêntica teoria do direito tão somente será plenamente válida se e quando se harmoniza com os valores políticos (REALE, 1994, p. 122). No Brasil esses valores são extraídos diretamente da Constituição Federal de 1988.

Uma vez fixado o marco teórico para a compreensão das análises jurídicas desenvolvidas neste trabalho, resta evidenciado, portanto, que a Lei de Improbidade Administrativa deve ser entendida enquanto modelo jurídico. Uma vez situada a compreensão da matéria, será

possível analisar as importantes modificações introduzidas no referido modelo pela entrada em vigor da Lei n.º 14.230/2021, com enfoque na questão do elemento subjetivo culposos.

### 3 A CULPA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Não sendo a intenção deste trabalho realizar uma digressão histórica sobre a improbidade administrativa desde a fundação do Estado Brasileiro, mostra-se relevante elucidar o histórico mais recente do tratamento desta matéria no Brasil.

#### 3.1 O ELEMENTO SUBJETIVO NA ÓRBITA PENAL

Antes de avançar no tratamento do elemento subjetivo no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, importante consignar que a presente matéria já era tradicionalmente abordada no âmbito do direito penal. Relevante consignar que ainda que a improbidade administrativa integre o denominado direito administrativo sancionador, a matéria recebe importantes influências do direito penal.

Alerte-se que o direito penal não tem por escopo englobar a proteção de todos os bens jurídicos existentes na sociedade. Em decorrência do princípio da fragmentariedade, o direito penal apenas atua de maneira residual e fragmentária na proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, protege-se, assim, um fragmento dos interesses jurídicos (JESUS, 2011, p. 52). Sobre o tema, Damásio de Jesus (2011, p. 267) defende que serão juridicamente relevantes as condutas corporais voluntárias externas consistentes em um movimento ou abstenção de movimento corporal, não se ocupando este ramo do direito de atividades puramente psíquicas (*Cogitationis poenam nemo patitur*) (JESUS, 2011, p. 267).

Neste âmbito, o bem jurídico fornece o alicerce para a estrutura e interpretação dos tipos penais, estes últimos, por sua vez, possuem a função primordial de identificar o bem jurídico protegido pelo legislador (BITTENCOURT, 2018, p. 509/510). Nesta esfera de responsabilização os tipos ilícitos não se compõem somente de elementos puramente objetivos, sendo também integrados, mais das vezes, por elementos normativos e subjetivos.

Focando-se especificamente no elemento subjetivo, conteúdo de interesse deste artigo, constata-se que este viabiliza a compreensão da ação ou omissão, não como um processo causal

cego, mas como uma ação orientada pela vontade humana para a consecução de um fim (BITTENCOURT, 2018, p. 512). Para Cezar Roberto Bittencourt (2018, p. 513), os elementos subjetivos são “dados ou circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor que se projetam sobre os elementos objetivos do tipo”, estes se manifestam como vontade, a qual será orientadora da ação.

Relativamente ao dolo, o Código Penal (CP) não traz em seu texto qualquer definição, apenas tratando em seu artigo 18 o CP da definição de crime doloso, consignando que “o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Pode-se afirmar que o dolo é formado a partir de dois elementos. O primeiro deles é o aspecto cognitivo ou intelectual, nestes termos, a consciência (previsão ou representação) do fato constitutivo da ação típica, a qual deve estar presente no momento da ação, sendo insuficiente a circunstâncias objetivas do tipo (BITTENCOURT, 2018, p. 525).

Finalmente, o segundo é o aspecto volitivo do dolo, em outros termos, a vontade de o agente realizar a ação típica. A vontade do agente deve ser incondicionada e englobar a ação ou omissão (conduta), o resultado e o nexos causal. Como é evidente, a vontade pressupõe a previsão, ou, em outras palavras, a representação, dado que não é possível, de forma consciente, querer algo distinto daquilo que se representou, ao menos parcialmente (BITTENCOURT, 2018, p. 526).

Relativamente ao elemento subjetivo culpa, este pode ser definido como a “a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível” (BITTENCOURT, 2018, p. 543). A doutrina penalista destaca que no tipo injusto culposos há, em verdade, a violação de um dever objetivo de cuidado em razão de negligência, imprudência ou imperícia, essa é, ademais, a conceituação inserta no próprio CP<sup>4</sup>. Diversamente do verificado no tipo doloso, aqui a conduta a ser punida era, a princípio, penalmente irrelevante e lícita<sup>5</sup>.

A tipicidade relativamente às condutas praticadas a título de culpa, no entanto, não será algo arbitrário e dependerá da aferição das condutas praticadas pelo agente, com fins de determinar se este agiu com o cuidado necessário e normalmente exigível. Por evidente essa análise deve ser realizada diante das condições concretas presentes no momento do fato e deve considerar a necessidade objetiva, naquele instante, de proteger o bem jurídico. (BITTENCOURT, 2018, p. 552).

---

<sup>4</sup> Art. 18 – Diz-se o crime:

[...]

II – culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 543

Ademais, importa elucidar que a mera constatação de que uma conduta é típica e culposa não conduz ao entendimento que esta seja antijurídica. Para tanto, é necessário analisar se existe na hipótese alguma causa excludente de ilicitude<sup>6</sup> hábil a afastar a antijuridicidade da conduta, assim como ocorre para os tipos dolosos.

### 3.2 O ELEMENTO SUBJETIVO NA LEI Nº 8.429/1992

Na ordem constitucional regida pela Constituição Federal de 1967 temas relacionados à corrupção e ao enriquecimento ilícito dos agentes públicos e terceiros já eram objeto de preocupação do regime anteriormente imposto. A esse respeito, aquela constituição já estabelecia diversos dispositivos que refletiam a preocupação com a manutenção de uma conduta ética e proba da coisa pública. Podem-se citar os arts. 150 § II e art. 151, posteriormente com o advento da Emenda Constitucional 01/1969 sendo acrescentados os arts. 15; 151, II e IV e 154 na Constituição Federal de 1967.

Em todo caso, deve-se elucidar que a Constituição Federal de 1967 tratava a improbidade administrativa como fenômeno político-penal, ademais, distinto do campo da responsabilidade política. O modelo adotado, portanto, era centralizador, com o foco na figura do presidente da república ou em legislações específicas disciplinadoras. O sistema de responsabilização até então adotado não tratava precisamente a matéria pelo viés do direito administrativo, estando esse fenômeno regido pelo viés do direito penal, eleitoral ou político.

A verdadeira transformação no tratamento da matéria veio com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ao passo que manteve a lógica de responsabilização dos altos mandatários do país, estabeleceu uma nova modalidade sancionadora em seu art. 37, § 4°.

No âmbito infralegal, a Lei nº 8.429/1992 veio a conferir concretude ao referido dispositivo constitucional ao regulamentar o art. 37, § 4°, da Constituição Federal de 1988, expressamente revogando, em seu art. 25, legislações específicas, dentre as quais a Lei n.º 1.079/50 (Lei dos Crimes de Responsabilidade), n.º 3.164/1956 (Lei Pitombo—Godói Ilha) e n.º 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto).

---

<sup>6</sup> O Código Penal Brasileiro estabelece as seguintes causas excludentes da ilicitude:

1 Estado de necessidade (arts. 23, I, e 24 do CP);

2 Legítima defesa (arts. 23, II, e 25 do CP);

3 Estricto cumprimento de dever legal (art. 23, III, 1.ª parte do CP);

4 Exercício regular de direito (art. 23, III, 2.ª parte do CP).

Esta norma, em sua redação original, caminhou na mesma direção do sistema de responsabilização dos agentes públicos consagrado no art. 37, § 6º, Constituição Federal de 1988, ou seja, o da responsabilidade subjetiva dos agentes públicos. Nesta dimensão, o elemento subjetivo requerido para a responsabilização dos agentes públicos e do terceiro envolvido poderia se firmar a título de dolo ou culpa (*stricto sensu*).

Neste ponto, é importante delimitar que o fenômeno da improbidade administrativa desenhado no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 e no marco da Lei n.º 8.429/1992 afirma-se, nas palavras de Fábio Medina Osório (2012) como a “má gestão pública gravemente desonesta ou gravemente ineficiente, por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de agentes públicos no exercício de suas funções ou em razão delas, com ou sem a participação dos particulares”. A improbidade será, portanto, espécie do gênero ‘má gestão pública’, ao passo que a corrupção trata-se espécie do gênero ‘improbidade’ (OSÓRIO, 2012).

Na sistemática da Lei n.º 8.429/1992 os atos de improbidade administrativa foram agrupados em três tipologias distintas. O art. 9º englobou os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito; o art. 10 os atos que causam prejuízo ao erário, e, por fim, o art. 11 os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. Importa observar que, originalmente, destes três dispositivos somente o artigo 10 expressamente estabelecia a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos ou terceiros envolvidos na prática do ato de improbidade administrativa a título de dolo ou culpa, ao passo que os demais dispositivos apenas estabeleciam a responsabilização a título de dolo. Posteriormente, com a edição da Lei n.º 14.230/2021, as hipóteses de responsabilização pelo cometimento de atos de improbidade administrativa foram restritas apenas às hipóteses de dolo.

### 3.3 SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Originalmente introduzida com a nomenclatura de Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em sua redação original, já possuía um conteúdo que não se destinava a somente orientar a aplicação do antigo Código Civil de 1916, com disposições que perpassam o Direito Internacional Privado, a hermenêutica e o Direito Público.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a entrada em vigor do Código Civil de 2002 sua importância não restou prejudicada diante da evolução do direito no Brasil. Inclusive, diante de seu caráter amplo e geral, a antiga nomenclatura do Decreto-Lei nº 4.657/1942 foi substituída pela atual por intermédio da Lei n.º 12.376/2010. Ainda que essa mudança não tenha

resultado na alteração do conteúdo de seus artigos da lei, essa alteração realçou o verdadeiro sentido e alcance da norma, que não se resume a uma mera introdução ao Código Civil.

No esteio das lições de Miguel Reale (1994, p. 102/103), a LINDB trata-se, em verdade, de normas sobre normas, aplicáveis, *mutatis mutandis*, a todo o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que disciplinar as próprias normas jurídicas, o que vem a confirmar a unidade lógico-axiológica desse ordenamento. Nesta dimensão o conteúdo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mesmo após as modificações instituídas pela lei n.º 13.655/2018, adiante abordadas, pode ser considerado como um modelo jurídico, sendo aqui aplicáveis as observações delineadas por Miguel Reale na antiga redação. Adotando esse posicionamento, pode-se justificar tal classificação uma vez que a LINDB afirma-se como complexo de regras diversas, as quais estão correlacionadas entre si, diante de um objetivo comum, o qual consiste em disciplinar múltiplas hipóteses de aplicação da lei e interpretação da lei (1994, p. 63).

Deve-se aqui alertar que em uma mesma Lei, ao lado de normas jurídicas não estruturadas sob a forma de modelos jurídicos, há outras que o legislador, de forma intencional ou não, elabora de maneira unitariamente coordenada tal qual é próprio de uma estrutura normativa orientada a operar como modelo (REALE, 1994, p. 64).

### 3.4 A LEI N.º 13.655/2018 – EFICIÊNCIA NA CRIAÇÃO E NA APLICAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO

Em um contexto de reformas liberalizantes do Estado Brasileiro a Lei n.º 13.655/2018 veio a estabelecer novas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Para tanto, promoveu a inclusão dos arts. 20 a 30 ao Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). As alterações introduzidas pela Lei n.º 13.655/2018 não significaram a total reformulação da LINDB, muito pelo contrário, os dispositivos originais foram mantidos, adicionando-se novos artigos que, de forma concisa e mantendo o estilo da redação dos demais artigos, inseriram novas disposições estabelecendo novos parâmetros interpretativos para o direito, com impacto mais evidente no direito administrativo, não se pode olvidar que as novas disposições sejam aplicáveis a outros ramos do direito.

Dentre os novos artigos inseridos pela citada norma, cabe aqui traçar breves considerações quanto ao art. 28 da LINDB.

Neste ponto é pertinente observar que o referido artigo não constava da redação original da LINDB e tão somente foi introduzido pelo advento da Lei n.º 13.655/2018. Esta última lei, inclusive, promoveu a introdução de um total de 10 (dez) novos artigos à Lei de Introdução, com

normas direcionadas, primordialmente, à promoção da segurança jurídica e da eficiência na criação e aplicação direcionada ao Direito Público, com enfoque para o campo do Direito Administrativo.

Dentre as novas disposições, o art. 28 da LINDB destina-se, notadamente, a proteger o gestor que atua de forma ética e inovadora no trato da coisa pública, ainda que com insucesso (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 206). Objetiva-se aqui evitar o denominado “crime de hermenêutica”, ou seja, o sancionamento dos agentes públicos em razão da adoção ou emissão de opinião técnica divergente da adotada pelos órgãos de controle, Ministério Público ou Poder Judiciário, garantindo a necessária segurança jurídica na atuação destes agentes. Esse posicionamento, inclusive, foi consignado em parecer apresentado por juristas em defesa do então PL n.º 7.448/2017, o qual resultou na Lei n.º 13.655/2018 (MARQUES NETO et al., 2017, p. 26).

O dispositivo ainda estabeleceu a possibilidade de condenação do técnico, parecerista ou gestor administrativo em razão da prática de condutas decorrentes da falsa percepção da realidade, entretanto, tal responsabilização não será indiscriminada, mas somente limitada a condutas através das quais reste caracterizado o erro grosseiro. evitando-se a responsabilização indiscriminada destes agentes públicos (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 212).

O art. 28 da LINDB trata-se, portanto, de uma espécie de cláusula geral administrativa, mais especificamente do erro administrativo, destinada a conferir segurança jurídica na atuação de agentes públicos que atua com boas motivações, porém sujeito a falhas como qualquer outra pessoa (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 221). A nova legislação estabeleceu uma sistemática hábil a promover um funcionamento mais eficiente da administração pública resguardando, em todo caso, os instrumentos existentes para a repressão de condutas desleais, altamente ineficientes e corruptas no âmbito da administração pública.

#### 4 CRÍTICA AO ELEMENTO SUBJETIVO CULPA EM ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em um contexto de reiteradas críticas quanto à utilização dos instrumentos punitivos estabelecidos na Lei n.º 8.429/1992 e se somando ao espírito reformista iniciado pela Lei n.º 13.655/2018 foi publicada em 25 de outubro de 2021 a Lei n.º 14.230/2021, introduzindo sensíveis alterações à Lei de Improbidade Administrativa. Como é relevante destacar, essa norma promoveu alterações na LIA, relativamente à sua parte normativa, em um total de 21 artigos, dos 23 que compõem a citada norma. Apenas não foram objeto de alteração os arts. 15 e 19, ao passo que os demais foram objeto de alteração (arts. 1º a 3º; 7º a 10; e 23) ou revogação (arts. 4º a 6º e 10-A), havendo,

ademais, a inclusão de sete novos artigos (8º-A, 17-B, 17-C, 18-A, 23-A, 23-B e 23-C), consoante restou materializado na redação final do texto da norma.

Verifica-se que a norma, ora analisada, originou-se a partir do Projeto de Lei n.º 10.887/2018, elaborado por uma comissão de juristas instituída pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, e coordenada pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Mauro Campbell.

Consoante restou expressamente consignado pelo coordenador daquela comissão, a elaboração do anteprojeto de lei se orientou por três premissas básicas (CONGRESSO NACIONAL, 2018, p. 02). A primeira foi incorporar a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores na interpretação da LIA. A segunda, compatibilizar a LIA com as leis posteriores (Código de Processo Civil, Lei Anticorrupção e Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro – LINDB). Por fim, a terceira, sugerir novidades, novos institutos e premissas, que corrijam os pontos mais delicados da Lei n.º 8.429/1992.

As novas normas inseridas promoveram extensas alterações no texto da Lei n.º 8.429/1992. Para os fins deste trabalho mostra-se pertinente destacar a retirada, em definitivo, da previsão de responsabilização dos agentes públicos a título de culpa (*stricto sensu*) nas hipóteses cominadas do art. 10 da citada norma.

Consoante consta no relatório da proposta perante a Câmara dos Deputados que tal alteração foi realizada diante da constatação de que o equívoco, o erro ou a omissão derivados da negligência, imprudência ou imperícia não são integrantes da tipologia da improbidade administrativa, a qual se circunscreve apenas aos atos de natureza dolosa (CONGRESSO NACIONAL, 2021, p.23).

Neste ponto, saliente-se, mais uma vez, que a edição da Lei de Improbidade Administrativa veio a somar aos esforços no enfrentamento dos problemas históricos vivenciado pelo estado brasileiro, o qual é historicamente marcado por um caráter patrimonialista no qual a supremacia do interesse público é erodido diante do interesse privado<sup>7</sup>. A Lei n.º 8.429/1992 significou um importante ganho incremental nos esforços pela modernização da administração pública brasileira e superação da deletéria administração patrimonialista.

---

<sup>7</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 70) o princípio da supremacia do interesse público consiste em um verdadeiro axioma reconhecível no Direito Público moderno, proclamando a superioridade do interesse da coletividade, o qual deve prevalecer sobre o do particular. Essa será mesmo uma condição para a manutenção da existência da própria coletividade e da existência de uma ordem estável.

Trata-se de princípio geral de direito que é inerente a qualquer sociedade, sendo condição de sua própria existência, não se radicando em dispositivo específico algum da Constituição Federal de 1988, ainda que inúmeros dispositivos constitucionais remetam a ele. Pode-se elencar, a título exemplificativo, o art. 5º, caput, XXIV e XXV e o art. 170, III, V e VI, todos da Constituição Federal de 1988 (MELLO, 2013, p. 99).

Diante desta realidade, as sanções estabelecidas na citada norma são especialmente gravosas e podem resultar, inclusive, na afetação de direitos fundamentais mais essenciais ao cidadão. A título exemplificativo cite-se a possibilidade de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de até 14 (quatorze) anos para os atos previstos no art. 9º da lei em referência.

Seja como for, a legitimação da Lei n.º 8.429/1992 decorre da expressa autorização constitucional consignada no art. 37 § 4 da Constituição Federal de 1988<sup>8</sup>. Neste ponto o texto constitucional não consigna qualquer restrição quanto à possibilidade de responsabilização dos agentes ímprobos a título de improbidade administrativa.

A improbidade administrativa trata-se, em todo caso, de norma que define ilícitos relacionados à função pública, por isso mesmo, ingressa no denominado Direito da Função Pública, o qual pertence ao Direito Administrativo no plano material (OSÓRIO, 2012). Esse entendimento, inclusive, foi consignado pelas novas disposições introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa, notadamente no que se refere ao art. 1, § 4ª, da Lei n.º 8.429/1992<sup>9</sup>.

No direito administrativo sancionador é possível a incidência da culpa (*stricto sensu*) para a responsabilização dos agentes públicos. Sem adentrar nesta temática pode-se elencar, a título exemplificativo, que os servidores respondem administrativamente pelos ilícitos administrativos previstos na legislação estatutária e que ostentam os mesmos elementos básicos do ilícito civil, quais sejam, uma ação ou omissão antijurídica, culpa ou dolo e dano (DI PIETRO, 2018, p. 836).

Em verdade, as alterações introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021, notadamente quanto à remoção da possibilidade de responsabilização dos agentes públicos a título de culpa (*stricto sensu*) pela sistemática da Lei n.º 8.429/1992 revele-se como uma opção legítima do legislador. Como tal, ainda que possa ser objeto de pertinente crítica, não se mostra admissível a violação do direito

---

<sup>8</sup> Veja-se o art. 37, § 4, da Constituição Federal de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

[...]

<sup>9</sup> Consoante a transcrição do dispositivo:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

[...]

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

[...]

positivo com fins de alterar, pela via do Poder Judiciário, uma norma legitimamente positivada pelo legislador.

É importante que se consigne que a norma jurídica não será coincidente com o conceito de proposição jurídica. Na clássica distinção elaborada por Hans Kelsen (1999, p. 51), as proposições jurídicas são definidas como:

[...] juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por este ordenamento, deve intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas.

Com base neste conceito, as normas jurídicas não são juízos e podem ser compreendidas enquanto mandamentos e nessa qualidade, comandos, imperativos, bem como permissões e atribuições de poder ou competência, em todo caso não são instruções — ensinamentos (KELSEN, 1999, p. 51).

A interpretação das normas jurídicas deve sempre pressupor a boa-fé do legislador, não se mostrando admissível afastar essa presunção com base em argumentos abstratos em nome do “combate à corrupção”. O que precisa ser deveria questionar, em verdade, é a excessiva abertura da Lei n.º 8.429/1992 acompanhada de um baixo ônus argumentativo para a sua aplicação. Mostra-se temerário em um país com uma tradição patrimonialista como o Brasil, promover a flexibilização de importantes instrumentos para o combate à corrupção, aqui entendida em seu sentido amplo.

Não se está aqui a justificar condutas arbitrárias de agentes públicos no combate à corrupção, os quais devem, imperativamente, observar o estado democrático de direito. Justificar a arbitrariedade do Estado seria, em última análise, a destruição da razão de ser do próprio estado. Visualizando essa questão em uma perspectiva liberal, o fim principal e capital da união dos homens em repúblicas (*Commonwealths*) e de se colocarem sob governos é a preservação de sua propriedade, e por preservação da propriedade devemos entender aqui a preservação da vida, das liberdades e dos bens (ROSENFELD, 2008, p. 73).

Os anseios justos pelo combate à corrupção não podem servir de justificativa para a legitimação de um estado totalitário. Total no sentido de que somente caberia ao poder coercitivo do estado decidir o que é devido a cada um, reduzindo todas as questões da sociedade em uma questão política e o único poder efetivo e desejável seria a participação no exercício desse poder (HAYEK, 2010, p. 117). A tutela da probidade administrativa e o combate à corrupção dependerão de iniciativas que não se resumem às posições políticas dos detentores do poder.

Importante observar que os agentes que praticarem atos de improbidade administrativa reputados como culposos ainda poderão se sujeitar a outras punições. A propósito, as alterações introduzidas apenas removeram do direito brasileiro a possibilidade de responsabilização dos suprarreferidos agentes nas penalidades cominadas no art. 12, II, da Lei n.º 8.429/1992 em razão do cometimento de ato de improbidade administrativa capitulado no art. 10 da supracitada norma.

Em todo caso, o agente ainda poderá ser demandado para promover o ressarcimento ao erário que deu causa e ainda será passível de sancionamento em outras esferas de responsabilização. Neste aspecto, mostra-se relevante citar que a própria Lei n.º 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece normas prevendo expressamente essa possibilidade:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Nada impedirá que esse agente seja responsabilizado em outras esferas de responsabilização, não se podendo afirmar que tal norma implique na autorização para a prática de condutas culposas (culpa *stricto sensu*) pelos agentes públicos, os quais, ainda que não sujeitos à Lei n.º 8.429/1992, podem ser submetidos a gravosas penalidades.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No seu quadro político-institucional, a administração pública brasileira é marcada por práticas de condutas de má gestão pública, gravemente desonestas ou gravemente ineficientes. Os esforços pela modificação desta realidade podem ser resgatados, no âmbito legislativo, em normas publicadas antes mesmo da atual ordem constitucional, citem-se as Leis n.º 1.079/1950 (Lei dos Crimes de Responsabilidade), n.º 3.164/1956 (Lei Pitombo — Godói Ilha) e n.º 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto). Com a atual ordem constitucional esses esforços foram ampliados.

Notadamente no âmbito da tutela probidade administrativa, tema de interesse deste trabalho, o texto da Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer, em seu art. 37, § 4º, uma nova modalidade sancionadora diretamente associada ao direito administrativo. Com fins de conferir maior concretude ao texto constitucional, foi publicada, em 02 de junho de 1992, a Lei de Improbidade Administrativa, a qual prestou concretude ao texto constitucional, tipificando as condutas ímprobas e trazendo disposições de direito material e processual para a efetivação da tutela da probidade administrativa. Essa norma significou um importante marco na administração pública brasileira.

Passadas mais de duas décadas de sua publicação, novas modificações vêm instituindo relevantes alterações na sua dinâmica, com destaque para os novos dispositivos da LINDB inseridos pela Lei n.º 13.655/2018 e as modificações introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021. Considerando a amplitude da temática da tutela da probidade administrativa, esta pesquisa optou pelo estudo da possibilidade de responsabilização dos agentes públicos pelo cometimento de ato de improbidade administrativa em sua modalidade culposa em face das novas disposições legislativas supracitadas.

Consoante o direcionamento desta proposta e em respeito ao princípio da separação dos poderes e ao estado democrático de direito afirma-se que a opção legislativa pela supressão da possibilidade de responsabilização dos agentes públicos pela prática de condutas ímprobas de natureza culposa, tipificadas pela Lei n.º 8.429/1992, revela-se como uma opção legislativa válida. No entanto, a redução do escopo de uma norma dessa relevância mostra-se temerário diante do histórico patrimonialista do Brasil.

Por fim, assevera-se que o fenômeno da corrupção é complexo e não será resolvido pela manutenção ou revogação de uma lei do ordenamento jurídico. Assim, a atuação dos agentes públicos deve estar alinhada com as exigências emanadas da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, [S.L.], p. 203, 23 nov. 2018. Fundação Getúlio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77655>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. Constituição Federal de 1967. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 01 jul. 2022.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Decreto-Lei. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 01 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Brasília, 02 set. 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.502, de 21 de dez. de 1958. Lei Bilac Pinto, Rio de Janeiro, RJ, dez, 1958. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/19501969/L3502.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/19501969/L3502.htm) >. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Lei do Impeachment. Brasília: Senado, 1950. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm) >. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Brasília, 30 dez. 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2). Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Lei. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm). Acesso em: 01 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 out. 2021. Brasília, 25 out. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1). Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.164, de 1 de jun. de 1967. Lei Pitombo Godói-Ilha, Rio de Janeiro, RJ, juh, 1967. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L3164.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3164.htm) >. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 11 dez. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm). Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 jun. de 1992. Brasília, 02 jun. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 01 nov. 2021.

CONGRESSO NACIONAL (ed.). Projeto de Lei nº 10.887/18. Brasília: Congresso Nacional, 2018. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=63AECE46A865D1B2646A810C2356B109.proposicoesWebExterno2?codteor=1687121&filename=Tramitacao-PL+10887/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=63AECE46A865D1B2646A810C2356B109.proposicoesWebExterno2?codteor=1687121&filename=Tramitacao-PL+10887/2018). Acesso em: 04 out. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HAYEK, F.A. O Caminho da Servidão. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda., 1998. Tradução de: João Baptista Machado.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. Brasília: Não Há, 2017. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de improbidade administrativa. Revista JUS. Belo Horizonte, ano 43, n. 26, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=80203>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

REALE, Miguel. Fontes e Modelos de Direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSENFELD, Denis Lerrer. Reflexões Sobre o Direito à Propriedade. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.

## LIMITAÇÕES À RACIONALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Pedro Ribeiro Fagundes<sup>1</sup>

Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior<sup>2</sup>

### RESUMO

O Estado atua, naturalmente, de forma imperfeita, visto que se encontra suscetível à influência de diversos interesses, fatores políticos, desvios cognitivos, automatismos e vieses, que limitam a sua racionalidade. Diante disso, o presente trabalho busca discutir em que medida o Poder Público, na condução de políticas públicas, age racionalmente orientado à realização do bem comum. Nesse sentido, tece breves comentários sobre a Teoria da Escolha Pública, pela qual se reflete sobre como as regras e instituições influenciam a racionalidade das escolhas públicas. Posteriormente, defende que a busca por uma maior racionalidade da Administração Pública exige o reforço da motivação dos atos administrativos, o aprimoramento do planejamento público, o desenvolvimento da avaliação dos resultados alcançados, o aprofundamento do seu controle e a abertura à efetiva participação dos cidadãos em todo o ciclo de gestão das políticas públicas. Tendo por finalidade o estudo dessas questões, realiza análise qualitativa, que, por método dedutivo e com recurso à interdisciplinaridade, estrutura pesquisa bibliográfica descritiva sobre os temas em pauta.

**Palavras-chave:** Administração Pública. Políticas Públicas. Teoria da Escolha Pública. Racionalidade. Controle da Administração Pública.

### ABSTRACT

The State acts, naturally, imperfectly, since it is susceptible to the influence of different interests, political factors, cognitive deviations, automatism and biases, which limit its rationality. In view of this, the present work seeks to discuss to what extent the Public Power, in the conduct of public policies, was rationally oriented to the realization of the common good. In this sense, it makes brief comments on the theory of public choice, through which it reflects on how rules and emotions affect the rationality of public choices. Later, it defends that the search for a greater rationality of the Public Administration demands the reinforcement of the motivation of the

---

<sup>1</sup> Agente da Fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Administrativo Brasileiro, vinculado à UFRN. Especialista em Direito Público com ênfase em Gestão Pública (pós-graduação lato sensu), com capacitação para o Ensino no Magistério Superior, pela Faculdade Damásio (2017). Graduado em Direito pela UFRN (2012). Associado ao Instituto de Direito Administrativo Seabra Fagundes (IDASF). Advogado (OAB/RN). Certificação Profissional em Compliance e Anticorrupção no Setor Público (CPC-P, Faculdade CEDIN, 2021). Interesse e experiência em Direito Público, especialmente Direito Financeiro e Direito Administrativo, e em Gestão, Políticas e Finanças Públicas.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005). Feito Pós-Doutoramento em Direito na Universidade Federal do Paraná (2021). Professor Adjunto IV da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e Professor Associado II da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

administrative acts, the improvement of the public planning, the development of the evaluation of the achieved results, the deepening of its control and the opening to the effective participation of the citizens in the entire public policy management cycle. With the purpose of studying these questions, it performs a qualitative analysis, which, using a deductive method and using interdisciplinarity, structures a descriptive bibliographical research on the topics in question.

**Keywords:** Public Administration. Public policies. Public Choice Theory. Rationality. Control of Public Administration.

**SUMÁRIO.** 1. Introdução. 2. Sobre a construção de um sistema político mais racional. 2.1 Influência das regras e instituições para a racionalidade das escolhas públicas. 3. Sobre a natureza limitada da racionalidade da Administração Pública. 3.1. Dever de motivação e planejamento na condução de políticas públicas. 3.2. Importância da avaliação dos resultados das políticas públicas. 3.3. Necessidade de aprofundamento do controle da Administração Pública. 3.4. Relevância do fomento à participação dos cidadãos na gestão e no controle das políticas públicas. 4. Considerações finais.

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria econômica trabalha com a ideia de *planejador social benevolente*, que consistiria em um “ditador onisciente, onipotente e bem-intencionado, que deseja maximizar o bem-estar econômico de todos os membros da sociedade” (MANKIW, 2020, p. 118). É certo que se trata de um recurso a uma figura hipotética, que tem por finalidade simplificar a análise de questões microeconômicas relacionadas a intervenções estatais – sem a ilusão, portanto, de que existam governantes que reúnam, na prática, todos esses predicados e poderes.

Contudo, cabe a seguinte indagação: em que medida o Poder Público, em suas decisões, apresentaria as características atribuídas a essa figura hipotética do planejador social benevolente? Diante dessa reflexão, este trabalho tem por finalidade analisar o quanto os governantes, na realidade prática relativa ao enfrentamento dos problemas sociais, agem de forma racionalmente orientada para a satisfação dos interesses dos cidadãos, quais os fatores que contribuem para a limitação dessa racionalidade e como essa dinâmica pode ser aprimorada.

Nesse sentido, o presente artigo se divide em dois tópicos principais. O primeiro tópico busca discorrer sobre como a definição das regras e a construção das instituições de determinado sistema político podem contribuir para que sejam tomadas escolhas públicas mais racionais, de forma que se consolidem políticas públicas mais condizentes com os interesses dos

cidadãos. Para isso, são apresentados breves comentários introdutórios sobre a Teoria da Escolha Pública, corrente de pensamento interdisciplinar que aduz estudo empírico sobre o sistema político. Dessa forma, são analisadas as limitações e dificuldades inerentes ao funcionamento do sistema democrático, que consistem em óbices à racionalidade das decisões públicas.

O segundo tópico, por sua vez trata da racionalidade dos gestores públicos, debatendo-se em que medida estes podem se distanciar do cumprimento das metas sociais, politicamente definidas, relativas às políticas públicas, em razão de vieses, tendenciosidades e desvios cognitivos. Ademais, no referido tópico são debatidas medidas que podem contribuir para o reforço da racionalidade da Administração Pública, relacionadas à motivação dos atos administrativos, ao planejamento público, à avaliação de resultados, ao controle da Administração Pública e à participação social nas várias fases do ciclo de gestão das políticas públicas. Dessa forma, serão apresentadas reflexões sobre como pode ser garantida maior coerência e adequação das decisões públicas aos fins constitucionais e às necessidades da população que o Poder Público busca atender.

Para a realização do presente trabalho, foi realizada análise qualitativa, que, por pesquisa bibliográfica descritiva e por método dedutivo, teve por finalidade avaliar algumas das questões mais relevantes relacionadas à matéria. Ademais, há de se destacar o caráter interdisciplinar do presente artigo, próprio do estudo das políticas públicas e da atuação da Administração Pública. Teve-se como central o debate de questões jurídicas, mais diretamente relacionadas ao Direito Administrativo e ao Direito Constitucional, mas, para isso, revelou-se necessária a análise, mesmo que superficial, de temas e autores da Ciência Política, da Economia e da Ciência da Administração.

## 2 SOBRE A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA POLÍTICO MAIS RACIONAL

Saad (2015, p. 137-138) apresenta a seguinte definição de políticas públicas: “políticas públicas são estruturas normativas integradas tanto por atos jurídicos quanto por atos materiais, distribuídos entre os elementos funcionais: fins, propósitos, componentes e atividades, relacionados entre si, em ordem decrescente, por um liame de necessidade e satisfatividade”.

Tais estruturas visam a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente definidos (BUCCI, 2006 *apud* SAAD, 2015). Ocorre, contudo, que há incontáveis objetivos sociais possíveis, enquanto o Estado dispõe de recursos limitados, como indicam os princípios da reserva do financeiramente possível e das escolhas trágicas (SCAFF, 2018). Mostra-se necessária, assim, a priorização dos objetivos que serão perseguidos pela atuação estatal, em

detrimento de outros igualmente relevantes e também constitucionalmente tutelados, assim como a definição política da forma pela qual isso ocorrerá (PINTO, 2018).

Ante a esse panorama, a definição das prioridades a serem perseguidas por meio das políticas públicas será feita por meio do entrecchoque deliberativo entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo (SCAFF, 2018). Nesse sentido, ao Poder Legislativo é atribuída a função de instituir as políticas públicas (AUTOR, 2014), assim como de definir as diretrizes gerais e objetivos que nortearão a execução destas (BUCCI, 1997). Não obstante, o Poder Executivo apresenta papel preponderante nessa dinâmica, tendo em vista reunir competências relacionadas à proposição, formação e materialização das políticas públicas (AUTOR, 2014; BUCCI, 1997), em razão do regime presidencialista, adotado no Brasil. Ademais, não se pode desconsiderar a o papel exercido pelas instâncias de controle, as quais se mostram importantes para a retroalimentação da condução das políticas públicas, de forma a garantir a coerência jurídica, a legitimidade e o respeito aos fins constitucionalmente estabelecidos.

Feitas as considerações acima, sobre a construção das políticas públicas em nosso país, cabe analisar como, na prática, ocorre esse processo. Isso porque se revela complexo o debate sobre em que medida o Estado, considerando-se as suas diferentes funções e os indivíduos que as conduzem, encontra-se voltado à consecução do interesse público e à realização do bem comum. Saad (2015) afirma que o entendimento de decisões administrativas relacionadas às políticas públicas passa, necessariamente, pela compreensão da existência de interação entre uma racionalidade política e uma racionalidade técnica. O autor em questão afirma que não compreender essa distinção tem se mostrado determinante para o fracasso do planejamento estatal, tendo em vista que se tratam de racionalidades aferidas em dinâmicas diversas, e sob regras diferentes (SAAD, 2015).

Buscando compreender melhor essa dinâmica, apresenta-se, a seguir, reflexões sobre a Teoria da Escolha Pública, corrente teórica interdisciplinar que tem por finalidade a análise empírica dos fenômenos políticos. Pelo seu estudo, compreende-se melhor como as regras e as instituições influenciam a racionalidade das escolhas públicas.

## 2.1 INFLUÊNCIA DAS REGRAS E INSTITUIÇÕES PARA A RACIONALIDADE DAS ESCOLHAS PÚBLICAS

Segundo Ross (2000), o termo *interesse* pode ser entendido em dois sentidos: (i) um sentido amplo, que abrangeria todo estado de consciência que faz surgir uma atitude, que pode ser

positiva ou negativa; (ii) um sentido estrito, que faz surgir apenas atitudes fundadas em necessidades, vistas em um sentido biológico, e que demandam uma satisfação.

Tais interesses, cumpre destacar, não seriam necessariamente egoístas (ROSS, 2000, p. 411), porém, “são experimentados por pessoas – não conhecemos outros centros de experiência – e, neste sentido, são individuais”. Não obstante, interesses de indivíduos diversos podem coincidir, e, além disso, podem estar ligados por um liame subjetivo externo que faça surgir uma consciência de grupo, configurando-se em um conjunto de interesses individuais experimentados com base em pressupostos emocionais específicos, que conduzem a um estado de coparticipação de interesses, situação na qual serão metaforicamente atribuídos a um sujeito coletivo ou comunidade (ROSS, 2000).

Ross (2000) afirma que, em uma sociedade altamente complexa e fragmentada, os interesses individuais passam a ser, cada vez mais, interdependentes, formando-se uma solidariedade fatural. Não obstante, mesmo nessas circunstâncias, cada interesse mantém um aspecto individualmente isolado, e outro socialmente ligado (ROSS, 2000). Falar em interesse comum, assim, é fazer um apelo a um senso comunitário, ao sentimento de pertencimento a uma comunidade, e ao altruísmo dos indivíduos (ROSS, 2000).

Os interesses sociais tutelados juridicamente pelo Estado, por meio de uma legislação, passam a ser denominados *interesses públicos* (ROSS, 2000). Esses, segundo Ross (2000), distinguem-se dos interesses individuais, denominados *interesses privados*, e dos interesses individuais derivados, das autoridades públicas, denominados *interesses do Estado*.

Adam Smith, cuja clássica obra *A riqueza das nações* é contemporânea à Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, comungava com os Revolucionários norte-americanos de um entendimento predominante à época: “os indivíduos tomarão melhores decisões se puderem agir por conta própria, sem a mão opressiva do governo para conduzir suas ações” (MANKIW, 2020, p. 8). Os indivíduos, assim, motivados por seus interesses individuais, conduziram a sociedade a um maior bem-estar, como uma mão invisível – mesmo que não tenham, conscientemente, essa pretensão (MANKIW, 2020).

O entendimento supracitado, assim, configura a origem de uma concepção que aponta a limitação da tentativa de se constituir, por métodos pretensamente racionais, instituições políticas benéficas aos interesses da sociedade. Hayek (2011), quanto a essa questão, identifica duas tradições distintas da teoria da liberdade, surgidas no Século XVIII, uma na Inglaterra e outra na França.

A tradição inglesa, pautada em uma concepção empirista, entendia que as instituições políticas se desenvolveriam de forma orgânica, lenta e espontânea, apenas parcialmente

consciente, desde que não haja coerção (HAYEK, 2011). Já a tradição francesa, caracterizada por um racionalismo cartesiano, defenderia que o Estado poderia, de forma impositiva e doutrinária, implementar um propósito coletivo e absoluto, que seria o único válido (HAYEK, 2011).

Por outro lado, por muito tempo, por mais que se compreendesse que os sujeitos, em seus âmbitos privados, agiriam com a finalidade de atender aos seus interesses individuais, defendia-se que esses mesmos indivíduos, quando atuando no espaço público, estariam voltados para a consecução de um bem comum (BUCHANAN; TULLOCK, 1999). No entanto, políticos também são pessoas (MANKIWI, 2020), e, em razão disso, surge entendimento que passa a compreender que eles podem ser guiados por interesses e propósitos diversos – tanto em suas ações privadas quanto ao agir publicamente, indistintamente –, incluindo-se interesses próprios, e até mesmo essencialmente egoístas (BUCHANAN; TULLOCK, 1999).

Buchanan e Tullock (1999) estudam a ação coletiva partindo do pressuposto de que esta é composta por ações individuais. Dessa forma, assumem uma concepção “econômica”, no sentido que entendem que “indivíduos separados são indivíduos separados” (BUCHANAN; TULLOCK, 1999, p. 3), e assim, por razões diversas, tendem a atribuir diferentes interesses e propósitos à ação coletiva. Nessa perspectiva, Buchanan e Tullock (1999) discordam da teoria política majoritária de sua época, que não considerava a importância das diferenças individuais no estudo das decisões políticas – prevalecia, assim, preocupação com a forma de se chegar a uma espécie de verdade irrefutável, acreditando-se em uma racionalidade absoluta que, uma vez revelada pelo Estado, atrairia o apoio de todos os cidadãos (BUCHANAN; TULLOCK, 1999).

Buchanan e Tullock (1999), ao contrário, entendem os indivíduos como atores, e não como átomos de um ente orgânico superior. Em razão disso, afirmam que uma vez aceita uma concepção orgânica do Estado, pela qual este seria compreendido como um indivíduo autônomo, com valores, motivações e interesses independentes dos sujeitos que os compõem, mostrar-se-ia até mais simples construir uma lógica da tomada de decisão coletiva (BUCHANAN; TULLOCK, 1999). Contudo, apontam que essa concepção se mostra essencialmente distante da tradição filosófica ocidental, que vê no indivíduo a sua entidade primária (BUCHANAN; TULLOCK, 1999). Assim, Buchanan e Tullock (1999) têm por objetivo construir uma teoria alinhada a essa tradição filosófica, ressaltando a importância dos indivíduos e rejeitando qualquer interpretação orgânica da ação coletiva.

Nesse ínterim, Buchanan e Tullock (1999) defendem uma concepção individualista da ação coletiva, pela qual esta é vista como a ação de indivíduos, quando estes decidem que cumprir propósitos de forma coletiva é melhor do que isoladamente. Por isso, o Governo passa a ser visto como o conjunto de processos, a máquina, que viabiliza a ação coletiva – sendo, portanto, um artefato construído pelos indivíduos, imperfeito e sujeito a mudanças (BUCHANAN; TULLOCK, 1999).

Como base de sua teoria, Buchanan e Tullock (1999) pressupõem que os indivíduos, quando participam do processo político, seriam as únicas unidades decisórias relevantes, assim como agiriam motivados pela tentativa de maximizar seus interesses, mostrando-se bem informados e racionais em suas escolhas. É certo que os referidos autores compreendem que essas pressuposições são extremas, e que a realidade social é muito mais complexa e variável do que isso (BUCHANAN; TULLOCK, 1999). Contudo, os autores veem certa comprovação empírica e valor científico nessas bases teóricas, de maneira que consistiria em uma simplificação importante para a construção de uma metodologia de descrição, investigação, predição e comparação das diversas instituições políticas modernas.

Assim, por meio de uma abordagem focada na organização institucional da atividade social, Buchanan e Tullock (1999) tentam aplicar pressupostos econômicos à análise do comportamento dos indivíduos inseridos nos processos políticos (BUCHANAN; TULLOCK, 1999). Dessa forma, refletem sobre como as instituições podem contribuir para que, mesmo que os políticos busquem atender aos seus interesses individuais, o sistema político chegue a conclusões boas para a sociedade, de uma forma geral – identificando-se, portanto, certa margem de manobra para o aperfeiçoamento das regras e instituições, tornando-as mais úteis (BUCHANAN; TULLOCK, 1999; PEREIRA, 1997).

Em razão disso, Buchanan e Tullock (1999) buscam construir uma ciência da escolha humana que se mostra essencialmente modesta em seus objetivos, visto que não pretende chegar a verdades absolutas sobre o conteúdo das decisões políticas, mas, no máximo, analisar algumas características estruturais da organização da atividade humana e indicar a importância de algumas mudanças pontuais em variáveis específicas (BUCHANAN; TULLOCK, 1999). Há, ainda assim, uma abordagem, de certa forma, racionalista (BUCHANAN; TULLOCK, 1999) – o que distancia Buchanan, nesse ponto, de autores como Hayek, que defende que tentativas pretensamente racionais de se construir instituições políticas ideais tendem, invariavelmente, ao fracasso (PEREIRA, 1997; HAYEK, 2011).

Buchanan e Tullock são grandes nomes da chamada Teoria da Escolha Pública, corrente teórica interdisciplinar, com preponderância de uma perspectiva econômica, que surgiu em meados da década de 1950, tendo por finalidade a análise dos fenômenos políticos (PEREIRA, 1997). Se, desde a época do seu surgimento, discutia-se a necessidade de que o Estado assumisse uma postura intervencionista para a correção das chamadas falhas de mercado, a Teoria da Escolha Pública inova, ao apontar que o Estado também apresenta suas deficiências, chamadas de *falhas de governo* – de forma que deve se identificar os limites da atuação do Estado e, ao mesmo tempo, refletir sobre como aprimorar suas regras e instituições (PEREIRA, 1997).

Assim, as ideias de falhas de mercado e de governo – que de certa forma se complementam, mais do que se contrapõem –, representam o fracasso de uma concepção idealizada da atuação, respectivamente, do mercado e do Estado, por meio do próprio sistema democrático, considerando-se a realidade social, empiricamente analisada.

São pesquisadas por Buchanan, Tullock e outros estudiosos da Teoria da Escolha Pública, questões como: o paradoxo do voto, aferindo-se as características dos diversos sistemas de votação; *logrolling*, que diz respeito às negociações de votos entre os políticos; atuação do *lobbying* organizado e dos grupos de pressão; *rent seeking*, prática pela qual há uso de recursos públicos para ganhos pessoais; e, por fim, atuação dos burocratas, partindo-se da pressuposição de que estes também estariam mais orientados ao atendimento dos seus interesses individuais e à manutenção do seu *status quo* (CRUZ, 2011). Ademais, Pereira (1997, p. 436-437) apresenta considerações relevantes sobre as chamadas falhas de governo:

No essencial, a explicação é semelhante à razão de ser dos «fracassos do mercado». O «mercado» político não é de concorrência perfeita, tem informação assimétrica e é caracterizado por incerteza e custos de transacção. Os governos não conseguem saber as preferências dos cidadãos em relação aos bens públicos nem avaliar correctamente os custos sociais de externalidades negativas (poluição, congestionamento urbano, etc). Trata-se, essencialmente, de problemas de obtenção de informação e da (in)capacidade de tratamento dessa informação de forma centralizada.

A razão pela qual a competição política, embora existente, é imperfeita prende-se antes de mais com os cidadãos/votantes. O acto de votar implica custos (de obtenção da informação por exemplo), que são, em geral, muito superiores ao benefício esperado do voto, na medida em que a probabilidade de o voto de um cidadão particular ser decisivo para a vitória do partido que apoia é praticamente nula. Neste sentido, e de acordo com a racionalidade instrumental, torna-se difícil compreender por que razão os indivíduos votam. Downs (1957) desenvolve, pois, o trabalho pioneiro sobre as razões que levam os cidadãos a serem racionalmente ignorantes, ou a serem informados, mas indiferentes ou «alienados». Esta limitação à participação dos cidadãos na vida política é previsível e é um dos factores que limitam a competitividade do mercado político.

Por todo o exposto, Buchanan e Tullock (1999) apresentam algumas questões que devem ser incorporadas pelas regras e instituições de um dado país, de forma que estas se aproximem de parâmetros ideais, dentre as quais destacam-se as seguintes: devem considerar os custos envolvidos na tomada de decisões políticas; devem incluir diversos freios e contrapesos aos poderes governamentais; devem permitir que haja considerável autoridade administrativa em algumas matérias; devem ser restritivas à possibilidade de Emendas a Constituições escritas; devem estabelecer rígidas proteções aos chamados direitos inalienáveis.

Diante dessas conclusões, Buchanan e Tullock (1999) demonstram admiração pelo sistema político construído pela Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787, defendida em *O Federalista* (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993). Sobre o artigo nº 10 da obra em questão, de autoria de Madison, tais autores afirmam que houve um reconhecimento de que indivíduos e grupos, as chamadas facções, tentariam se aproveitar do sistema político para contemplar os seus interesses individuais, em detrimento dos interesses dos demais integrantes da sociedade (BUCHANAN; TULLOCK, 1999).

Teria havido, assim, pelos autores de *O Federalista*, a compreensão de que os indivíduos, mesmo em suas atuações públicas, seguem a busca pela máxima utilidade dos seus interesses individuais (BUCHANAN; TULLOCK, 1999) – o que configura a base da teoria aduzida por Buchanan e Tullock (1999). Hayek (2011) também aponta a importância do controle dos poderes dos governantes, por meio do sistema de freios e contrapesos estabelecido pela Constituição dos Estados Unidos de 1787, e ressalta a relevância disso para a proteção dos direitos individuais, em face de possíveis coerções indevidas, causadas pelo arbítrio dos governantes.

Por todo o exposto, identifica-se nos trabalhos de Buchanan, Tullock e de outros estudiosos da Teoria da Escolha Pública, a tentativa de compreender as deficiências, os problemas e as limitações inerentes ao sistema democrático. Para isso, é analisada, de forma descritiva e empírica, a realidade relativa ao seu funcionamento. Não se busca, com isso, refutar a democracia, mas aprimorá-la, sendo pesquisadas as melhores alternativas para isso. Esse aprimoramento, contudo, parece passar, necessariamente, pelos controles, freios e contrapesos estabelecidos aos poderes dos governantes, buscando-se estabelecer um sistema que garanta que sejam atendidos os interesses dos cidadãos.

### 3 SOBRE A NATUREZA LIMITADA DA RACIONALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo Freitas (2014, 2015) e Saad (2015), a Administração Pública deve, ao conduzir políticas públicas, perseguir fins constitucionalmente adequados, de forma que a Constituição Federal configura, de forma direta ou indireta, o fundamento de validade das políticas públicas. Ademais, as decisões administrativas, mesmo que discricionárias, devem se mostrar de acordo com os requisitos de juridicidade (AUTOR, 2014) e legitimidade, dentre os quais se destacam os seguintes:

Logo, são requisitos de juridicidade das decisões administrativas (mais do que de vigência e validade): (a) a prática por sujeito capaz e investido de competência (PIRES, 2009) (irrenunciável, salvo nas hipóteses de avocação e delegação); (b) a

estimativa de impactos das políticas públicas, tendo em vista a obtenção de melhores resultados contextuais, mediante prudente articulação entre equidade e eficiência; (c) a observância de formalidades e procedimentos mínimos, sem sucumbir aos formalismos teratológicos alienantes; (d) a condigna justificação imparcial das premissas do silogismo dialético decisório, com indicação didática dos motivos (fáticos e jurídicos) e (e) objeto determinável, possível e lícito em sentido amplo.

À luz desses requisitos, reconfigura-se, por inteiro, o controle das decisões administrativas, em conexão com os direitos fundamentais de todas as dimensões e com a natureza vinculante das políticas constitucionalizadas: a liberdade do administrador público passa a ter de cristalizar conteúdo aceitável, em sintonia com prioridades cogentes (FREITAS, 2015, p. 122).

(...) as escolhas públicas serão legítimas se resultarem (a) sistematicamente eficazes; (b) sustentáveis; (c) motivadas; (d) proporcionais; (e) transparentes; (f) razoavelmente desviesadas; (g) incentivadoras de participação social, (h) da moralidade pública; e (i) da devida responsabilização por ações e omissões” (FREITAS, 2015, p. 120).

Por tudo isso, não se pode falar em uma discricionariedade administrativa que seja irrestrita, arbitrária e insuscetível de exame pelos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública (FREITAS, 2014; FREITAS, 2015; PINTO, 2018). Dessa forma, Freitas (2014, p. 24, grifo do autor) propõe que o conceito de discricionariedade deve ser assim entendido:

Pode-se conceituar a discricionariedade administrativa como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de sustentabilidade, conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.

Por outro lado, a Administração Pública tem por finalidade, pelo exercício de tal discricionariedade, tomar decisões concernentes ao seu âmbito de atuação – devendo ser possível, portanto, o exercício da discricionariedade necessária à formação e implementação de cada política pública (SAAD, 2015, p. 46). No que diz respeito às políticas públicas, a tomada de decisões administrativas representará a busca pelo adimplemento de metas politicamente definidas. Assim, faz-se necessário que esse processo decisório possa, *da forma mais racional possível*, conduzir o Poder Público ao cumprimento dos objetivos politicamente já estabelecidos, conforme os fins constitucionalmente definidos e os requisitos de juridicidade e legitimidade acima apresentados. Quanto à essa dinâmica, Saad (2015, p. 132) apresenta modelo de ação racional elaborado por Herbert Simon, para quem:

a ação racional seria aquela em que o agente (i) contempla todas as alternativas de decisão de um modo panorâmico antes de agir; (ii) considera todo o complexo de consequências que seguirá a cada uma das alternativas de comportamento; e (iii) elege, com base em seu critério de valores, uma das várias alternativas de comportamento possíveis.

Saad (2015), contudo, afirma que o modelo acima apresentado não encontra correspondência empírica. Isso se deve ao fato de que há elementos que dificultam o atingimento de uma racionalidade integral, no que diz respeito à tomada das decisões humanas:

[...] a pretensa racionalidade do comportamento decisório humano esbarra em fatores relevantes: (i) racionalidade requer o completo conhecimento e antecipação das consequências de cada escolha; todavia, o conhecimento, na prática, é sempre segmentário; (ii) desde que as consequências de um comportamento se encontram no futuro, a imaginação é o único recurso para suprir a falta de experiência na valoração de cada hipótese de comportamento; ocorre que quando se trata de valores, as consequências somente poderão ser antecipadas de modo imperfeito; (iii) racionalidade impõe a escolha entre todas as possíveis alternativas de comportamento; na vida real, apenas algumas dessas alternativas possíveis vêm à mente do agente, cuja percepção é naturalmente limitada (SAAD, 2015, p. 47).

Ademais, a teoria da decisão administrativa, inserida na ciência da administração, apresenta um modelo descritivo do processo de tomada de decisão nas organizações, sejam públicas ou privadas (SAAD, 2015). Quanto a esse processo, Saad (2015, p. 48-50) afirma ser essencial o entendimento de alguns dos elementos que lhe são inerentes:

(i) não linearidade: afirma-se que os fatores interagentes na decisão não são apenas de caráter causal, podendo adotar formas de complementaridade ou contradição [...].

(ii) afetividade: pressupõe que nem todas as decisões seguem um raciocínio analítico [...].

(iii) percepção: considera que a percepção humana é interpretativa e seletiva, podendo sofrer influências pro expectativas, por experiências passadas, pela posição do sujeito na organização e por seus valores e crenças individuais [...].

(iv) valores: abrange não apenas o complexo axiológico individual, mas também o da organização: pois esta é capaz de desenvolver valores e cultura próprios, que condicionam e delimitam a mobilidade decisória [...].

(v) condicionantes: consistem nas posições ocupadas pelo indivíduo na organização, na estrutura formal e informal de poder (...), e nas limitações de informação e tempo, clássicos restritores da racionalidade analítica;

(vi) comunicação: os modelos clássicos de abordagem racional tendem a desconsiderar que muitas vezes os agentes trabalham com informações parciais ou

não possuem o tempo suficiente para analisá-las propriamente. Igualmente desconsidera os fatores simbólicos da interação pessoal [...];

(vii) redução cultural: deve-se questionar se os aspectos de racionalidade abstrata podem ser limitados por características culturais de dada sociedade [...].

Vê-se, assim, que a tomada de decisão envolve, em boa medida, questões subjetivas, de modo que não se pode afirmar que tais decisões seriam concebidas exclusivamente de forma racional e técnica (SAAD, 2015). Essas considerações, cumpre ressaltar, mostram-se plenamente válidas às decisões tomadas pela Administração Pública, de modo que não podem ser desconsideradas para o estudo da sua tentativa de tomar decisões racionais – e, assim, adequadas e temporalmente coerentes com o cumprimento das finalidades constitucionais e das metas relativas às políticas públicas.

Ademais, há de se destacar que toda atividade humana se mostra sujeita a automatismos e desvios cognitivos – e a ação dos gestores públicos não foge a esta regra (FREITAS, 2014). Esses elementos, segundo Freitas (2014), poderão fazer surgir vieses (*biases*), pelos quais os gestores públicos podem macular as suas ações. Por esses enviesamentos, os gestores públicos, mesmo de boa-fé, podem tomar decisões sem a plena consciência dos fatores que as envolvem e, assim, cometer erros de avaliação que os distanciem do cumprimento das metas sociais visadas pelas políticas públicas (FREITAS, 2014).

Os desvios cognitivos e automatismos, nesse sentido, mitigariam a coerência jurídica e a racionalidade das decisões administrativas, prejudicando a qualidade destas e ocultando o possível cometimento de ações ilícitas ou patrimonialistas, contrárias ao princípio da impessoalidade, podendo ocasionar, assim, irracionalismos ilícitos (FREITAS, 2014). Ante o exposto, Freitas (2014, p. 54-56) apresenta, a título exemplificativo, alguns dos principais vieses (*biases*) que afetam as decisões da Administração Pública:

(a) o enviesamento de aversão à perda: a predisposição de valorizar mais as perdas do que os ganhos, tendente a inviabilizar as transformações necessárias da gestão pública [...].

(b) o enviesamento do status quo: a predisposição de manter as escolhas feitas, ainda que disfuncionais, contraproducentes e obsoletas [...].

(c) o enviesamento do enquadramento: a predisposição de gerir e realizar escolhas públicas à dependência do modo pelo qual a questão é enquadrada [...].

(d) o enviesamento do otimismo excessivo: a predisposição de gerir com base em confiança exagerada (às vezes sugerida pelo marketing político), que apresenta conexão direta com previsões erradas dos administradores públicos, em erros nem sempre inocentes [...].

(e) o enviesamento da preferência pelo presente (presente-biased preferences): a predisposição de o agente público, às vezes movido por pesquisas de opinião, buscar apenas recompensas imediatas, sem questionar os efeitos de longo prazo das medidas, causando prejuízos de toda ordem (inclusive à saúde pública), por inconsistências nas escolhas intertemporais [...].

Por tudo isso, vê-se que as decisões administrativas são condicionadas por predisposições e tendenciosidades que prejudicam o seu caráter racional (FREITAS, 2014). É certo que esses enviesamentos, que ocorrem em todas as atividades humanas, serão inevitáveis. Contudo, tomar consciência deles contribui para evitá-los, por meio de um controle, interno e externo, que, retroalimentando o exercício da gestão, fomenta uma cultura administrativa que os evite e os substitua por procedimentos mais adequados e impessoais – o que, contudo, não se mostra uma tarefa simples (FREITAS, 2014).

Ante o exposto, pode-se concluir que *a Administração Pública, na tomada de suas decisões, apresenta uma racionalidade limitada, de forma que se mostra inatingível uma racionalidade normativa absoluta* (FREITAS, 2014; SAAD, 2015; BLIACHERIENE, 2016; PINTO, 2018).

Diante dessa constatação, deve-se sempre se entender como provavelmente imperfeitas as soluções apresentadas pelo Poder Público aos mais variados problemas sociais enfrentados (FREITAS, 2014; SAAD, 2015; PINTO, 2018). Isso porque dificilmente alguma política pública, mesmo que pretenda adotar uma solução vista como tecnicamente ideal, atenderá a alguma demanda social de forma integral, imediata e precisa – havendo sempre contingências e efeitos não previstos, sendo necessárias posteriores correções e ajustes de rota.

Não obstante, no que pese a existência de limitações ao alcance de uma racionalidade absoluta pela Administração Pública, esta deve agir de forma a perseguir o grau máximo de racionalidade possível (SAAD, 2015). Aponta-se, contudo, como dificuldades relacionadas a esse processo, a existência de déficits na motivação dos atos administrativos, no planejamento realizado pelo Poder Público, na qualidade do controle exercido sobre a condução das políticas públicas (PINTO, 2018) e na participação dos cidadãos por elas atendidos – o que compromete a qualidade do gasto público realizado (PINTO, 2018).

Em razão disso, há de ser fortalecida a compreensão de que as melhores soluções aos problemas públicos devem ser sempre construídas (e reconstruídas) ao longo do tempo. Para isso, cumpre que seja aprofundado o controle da execução das políticas públicas, por meio de uma avaliação mais efetiva dos seus resultados – de forma que seja retroalimentado e, assim, aprimorado o planejamento realizado pelo Poder Público (PINTO, 2018). Tudo isso, contudo, só ocorrerá pelo fortalecimento do diálogo entre as diversas funções governamentais, os órgãos de controle e a sociedade civil, de forma que se consolide um processo de aprendizado institucional que

fortaleça o processo de condução das políticas públicas – buscando-se, assim, a racionalidade possível mais próxima do atendimento das necessidades sociais.

### 3.1 DEVER DE MOTIVAÇÃO E PLANEJAMENTO NA CONDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Tendo em vista o fato de que a racionalidade absoluta é um ideal que pode nunca ser atingido pela Administração Pública, deve-se exigir que essa busque alcançar a racionalidade possível (SAAD, 2015). Tal busca “envolve uma série de considerações sobre os deveres dos agentes públicos quanto à preparação da tomada de decisão (reunião de informações, avaliação de cenários, oitiva dos destinatários etc.)” (SAAD, 2015, p. 53). Dessa forma, apresenta-se a importância do *dever de motivação* das decisões relativas à condução das políticas públicas, visto que todos esses atos preparatórios às decisões tomadas devem ser devidamente documentados e apresentados.

Há de se ressaltar que, quanto às políticas públicas, não costuma haver uma única decisão administrativa correta – mas algumas que, dependendo do contexto fático que as envolvem, são melhores e mais adequadas do que outras. Diante disso, mostra-se essencial, para a posterior aferição da adequação das decisões adotadas, que haja a motivação destas decisões, com fundamentação fática e jurídica suficiente (FREITAS, 2014).

Essa obrigação de motivar, importa mencionar, é reforçada pelo art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-lei Federal nº 4.657, de 1942), introduzido pela Lei Federal nº 13.655 de 2018. Tal artigo prevê que sejam apresentadas as consequências práticas das decisões da Administração Pública. Freitas (2014, p. 70) apresenta conjunto de elementos que devem constar na motivação dos atos administrativos:

- (a) os fundamentos de fato e de direito;
- (b) a estimativa de impactos e argumentos a favor da superioridade dos benefícios (econômicos e não econômicos), no cotejo com os custos sociais, econômicos e ambientais;
- (c) a comprovação de sincronia e congruência com as prioridades constitucionais, em dado contexto;
- (d) as cautelas necessárias de responsabilidade fiscal, no tocante à ordenação da despesa.

Ademais, cumpre destacar que a possibilidade de controle dos aspectos subjetivos das decisões administrativas ressalta a importância de que não apenas os atos discricionários sejam devidamente motivados, mas também os atos vinculados, tendo em vista a possibilidade de que estes também se mostrem enviesados (FREITAS, 2014). Por outro lado, devem ser motivados não só os atos que subsidiem a tomada de decisões administrativas, mas também a execução das políticas públicas que se mostre insuficiente e incoerente em relação ao planejamento anteriormente elaborado, como bem destaca Pinto (2018, p. 114):

São os gestores, os legisladores e a sociedade que democraticamente aprovam os planos setoriais e orçamentários, ora, é preciso, pois, que eles suportem o planejamento que fazem, devendo os primeiros serem chamados a motivar qualquer ato de execução que implique desvio de rota. Em tais instrumentos normativos encontramos as nossas linhas estruturais de identificação jurídica sobre quais são as prioridades do Estado para os direitos fundamentais e que, uma vez definidos em lei como tal, são obrigações constitucionais e legais de fazer que materializam o conteúdo do direito fundamental, inclusive para fins de perfazimento do dever de gasto mínimo em tais setores.

Dessa forma, destaca-se, também, para a mitigação de possíveis enviesamentos, a importância do aprimoramento e da realização contínua da etapa referente ao *planejamento das políticas públicas*. Este, previsto como determinante ao setor público, pelo art. 174 da Constituição Federal, deve ser conduzido de forma intertemporalmente responsável (PINTO, 2018). Ademais, deve envolver a reflexão sobre possíveis automatismos e desvios cognitivos em sua elaboração, sob pena da execução das políticas públicas se mostrar arbitrária e injustificada (FREITAS, 2014). Ocorre, contudo, que, como já dito, constata-se no Brasil contemporâneo verdadeiro déficit de planejamento, pelo qual, em muitas vezes, a execução das políticas públicas não guarda coerência com os instrumentos de planejamento, assim como não se mostra frequente a realização da devida avaliação do quanto foi executado, em face do planejado (PINTO, 2018).

O planejamento, contudo, mostra-se essencial, visto que, ao envolver a interdependência de questões hierárquicas, funcionais e materiais (SAAD, 2015), tem por finalidade a possibilitar a execução das políticas públicas, assim como, de forma contínua e gradual, promover a adequação destas aos fins constitucionais e às reais necessidades dos cidadãos. Assim, deve-se, de forma reiterada, considerar as contingências que se apresentem ao processo de implementação das políticas públicas, que não puderam ser previstas no momento da formulação dessas políticas – o que destaca a incerteza e o conflito inerentes a esse processo (SAAD, 2015).

Não cabe, portanto, falar de um planejamento central realizado pelo Estado, que de forma inflexível o impõe à sociedade. Há, na verdade, um dever do Estado de, contínua e permanentemente, adaptar suas ações à realidade social sobre a qual busca incidir, visto que a sua

racionalidade limitada não permite que sejam previstas todas as contingências que consistirão em óbices ao enfrentamento dos problemas sociais enfrentados.

Ressaltando essa visão, Pinto (2018, p. 113) chega a considerar política pública como um “ciclo decisório, onde há uma dinâmica experimentação social acerca dos problemas e soluções que afetam a coletividade ou a determinados cidadãos”. Cumpre, também, destacar as consequências ao planejamento das políticas públicas decorrentes da racionalidade limitada inerente à Administração Pública, apresentadas por Saad (2015, p. 44) com base nas lições de Oslak:

(i) o Estado não pode ser mais concebido como uma entidade monolítica operando em favor de um projeto político predefinido e invariável, devendo, ao revés, ser entendido como sistema internamente diferenciado, “em fluxo permanente”, em cujo seio repercutem os interesses e os embates da sociedade civil; [...] (ii) a fluidez do modelo decisório descrito anteriormente tende a ser considerada em comparação com modelos ideais de coerência e racionalidade como caótica ou desviada de um padrão “desejável”; e (iii) em decorrência dos itens precedentes, a tarefa de planejamento não só das políticas públicas mas também do aparato estatal que dará suporte àquelas, passa ao primeiro plano, devendo o analista combinar – em um equilíbrio sempre precário – o histórico comportamental da organização (que reflete o seu padrão orgânico de atuação) e as demais restrições contextuais com as necessidades de cada política pública.

Portanto, há de se reforçar a responsabilidade dos gestores públicos de planejar e executar bem suas ações, visando o enfrentamento dos problemas sociais relativos à sua área de competências, de forma que deve haver maior vinculação das políticas públicas ao planejamento realizado, cujo descumprimento carece da devida motivação (PINTO, 2018). Isso porque, como assevera Pinto (2018, p. 107-108), “políticas públicas reclamam escolhas feitas dinâmica e diuturnamente no curso do seu processo de formulação, implementação e avaliação, à luz das nuances e dos interesses envolvidos contextualmente ali”. Há, portanto, a “necessidade contingente de definir o que seja prioridade governamental por meio de processos que garantam, tanto quanto possível, maior correspondência do que o Estado faz com o que a sociedade lhe atribui como devido” (PINTO, 2018, p. 117).

Ante o exposto, resta evidente a importância da motivação dos atos administrativos relativos à condução de políticas públicas. Ademais, tendo em vista a necessidade de que a Administração Pública busque, o tanto quanto possível, agir de forma racional, vê-se também a importância de que suas ações sejam constantemente bem planejadas, e que o planejamento realizado seja efetivamente considerado na fase de execução das políticas públicas – além de posteriormente retroalimentado pelos resultados advindos desta execução. Para isso, mostra-se essencial que haja a avaliação de tais resultados, tema que será melhor abordado no tópico seguinte.

### 3.2 IMPORTÂNCIA DA AVALIAÇÃO DOS RESULTADOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como exposto anteriormente, a natureza limitada da racionalidade da Administração Pública faz com que esta, ao tomar decisões relativas às políticas públicas, nem sempre afira e considere os resultados e impactos das suas ações já desenvolvidas. Isso decorre do fato de que esse processo é permeado por fatores políticos e desvios cognitivos diversos, o que mina o caráter técnico das decisões adotadas (ARRETCHE, 2013; BLIACHERIENE, 2016).

Dessa forma, ganha relevância a avaliação de resultados das políticas públicas. Nesse ponto, cumpre destacar que a Emenda Constitucional nº 109, de 2021, introduziu o § 16 ao art. 37 da Constituição Federal, nos seguintes termos: “os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei”.

A avaliação de resultados, contudo, configura, na prática, apenas um dos elementos considerados na tomada de decisões administrativas relativas à condução de políticas públicas. Além do mais, nem sempre consiste no elemento mais relevante e com maior influência no processo decisório em questão, de forma que outros fatores costumam prevalecer (ARRETCHE, 2013).

Esse fato poderia, assim, passar a impressão de que é diminuta a relevância da ferramenta em pauta. Constata-se, contudo, efeito inverso, de forma que se mostra essencial a realização, tanto quanto possível, de uma avaliação racional dos impactos e resultados relativos às políticas públicas (FREITAS, 2015). Nesse sentido, cabe destacar as seguintes considerações de Arretche (2013, p. 132):

Uma visão precipitadamente negativa desta tendência (que é um “dado” da vida real) poderia concluir pela irrelevância da realização de estudos de avaliação. Na verdade, diferentemente, a produção e divulgação de avaliações, tal como demonstrado mais acima, disponibilizam instrumentos que capacitam o eleitorado a exercer o princípio democrático de controle sobre a eficiência da ação dos governos: a ideia de que “desperdiçar recursos públicos (dinheiro que é do contribuinte) é eleitoralmente negativo”. Neste sentido, a produção e divulgação de avaliações rigorosas, tecnicamente bem feitas, permitem o exercício de um importante direito democrático: o controle sobre as ações de governo.

Portanto, a criação e fortalecimento de instituições e agências independentes capazes de produzir estudos confiáveis de avaliação de políticas públicas é crescentemente uma necessidade para o bom governo. Seja para a opinião pública e o eleitorado, a fim de que estes possam exercer um controle democrático sobre o uso de seus recursos; seja para o próprio governante, interessado em controlar agências

estatais executoras de políticas, agências estas que tendem a ter autonomia em relação às diretrizes governamentais.

Ademais, o processo de aferição dos resultados das políticas públicas tem por pressuposto a garantia do direito à informação (GOTTI, 2012) ou a garantia de administração transparente (FREITAS, 2015). Faz-se essencial, assim, a definição de indicadores, que irão auxiliar o monitoramento e a avaliação dos resultados alcançados (GOTTI, 2012). Ocorre, contudo, que não se pode entender esse processo avaliativo como uma atividade estritamente técnica e neutra, visto que até mesmo a definição da metodologia avaliativa e dos indicadores pode ser condicionada por viesamentos, que irão influir nas conclusões alcançadas (ARRETCHE, 2013; BLIACHERIENE, 2016).

Ante o exposto, a avaliação de resultados dos programas governamentais, contrastada com seus custos, constitui instrumento essencial para o aumento da transparência, da eficiência, da eficácia e da efetividade da atuação da Administração Pública (PINTO, 2018). Gotti (2012) afirma que esse procedimento se mostra ainda mais relevante quando se trata de políticas públicas relacionadas à implementação dos direitos sociais. Isso decorre do fato de que tais direitos possuem a característica de implementação progressiva e a finalidade de assegurar condições mínimas de existência aos cidadãos, o que demanda o monitoramento, pelo Estado, do grau de efetiva concretização desses direitos, assim como a identificação do nível de sua fruição pelos cidadãos que dela se beneficiam (GOTTI, 2012).

### 3.3 NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A liberdade dos gestores públicos necessita, como contrapeso, do controle exercido sobre os seus atos, de forma a se manter a legalidade e a legitimidade destes (FREITAS, 2014; PINTO, 2018). Nesse sentido, cumpre apresentar o conceito de *responsabilidade política estendida*, apresentado por Stark e Bruzst (1998), segundo o qual o controle dos gestores públicos por instituições independentes e pela sociedade civil poderia conduzi-los à realização de ações mais efetivas e coerentes com os interesses dos cidadãos e com planejamentos de longo prazo. Evitar-se-ia, com isso, erros e desvios graves, em razão da preponderância de finalidades mais imediatas e menos republicanas (STARK; BRUZST, 1998).

Para isso, contudo, evidencia-se, no Brasil contemporâneo, a necessidade de que seja promovido um *aprofundamento do controle da Administração Pública* (FREITAS, 2014; FREITAS, 2015; COUTINHO, 2020). Busca-se, assim, uma melhora qualitativa do controle realizado

sobre os atos da Administração Pública, mais do que a sua ampliação – não se querendo, portanto, defender o excesso de controle, tampouco a substituição dos gestores públicos pelos órgãos de controle, de forma que se imponha àqueles uma opção única de atuação (FREITAS, 2014).

Deve-se, contudo, haver um controle da Administração Pública que tenha por finalidade garantir que os gestores públicos atuem conforme o escalonamento de prioridades estabelecido pela Constituição Federal (FREITAS, 2014; FREITAS, 2015). Isso porque os fins constitucionalmente definidos devem vincular a atuação da Administração Pública (FREITAS, 2014; FREITAS, 2015). Busca-se, com isso, que o controle da Administração Pública vá além de uma perspectiva restrita à análise passiva, e estritamente formal, da conformidade legal das ações do Poder Público (PINTO, 2018).

O controle, assim, deve se preocupar com a juridicidade (FREITAS, 2014; AUTOR, 2014), com o adimplemento dos fins constitucionais (FREITAS, 2014; FREITAS, 2015), com a análise dos resultados das políticas públicas, com a legitimidade da atuação estatal (PINTO, 2018) e com os elementos subjetivos relativos às atividades administrativas (SAAD, 2015). Ante o exposto, Freitas (2014, p. 60) apresenta alguns elementos que devem ser fortalecidos no controle exercido sobre a Administração Pública:

- (a) realizar o controle baseado no escrutínio das motivações, sem cair nos citados desvios cognitivos;
- (b) intensificar o controle dos desvios de maior nocividade, associados ao viés da preferência exacerbada pelo presente em detrimento do futuro;
- (c) evitar o erro de supor que motivações frequentes, reiteradas ou comuns, só por isso se tornem defensáveis, pois podem ocultar a influência do viés do status quo;
- (d) respeitar as especificidades do caso, sem permitir que as inelimináveis pré-compreensões gerem avaliação despida do senso crítico, como sucede à conta do viés do otimismo excessivo, que se furta de cumprir os deveres de prevenção e de precaução.

Assim, deve ser fortalecido o controle exercido em face dos possíveis automatismos e desvios cognitivos que permeiam a tomada de decisões administrativas, visto que se mostra injustificável permitir a livre influência destes fatores na gestão pública (FREITAS, 2014). Isso porque estes levam a enviesamentos que, em muitas vezes, prejudicam a impessoalidade e a licitude da atuação da Administração Pública, assim como fazem surgir omissões e irresponsabilidades que dificultam o cumprimento dos fins constitucionais e o adimplemento dos interesses dos cidadãos (FREITAS, 2014).

Diante dessa necessidade, os atos discricionários são os que necessitam de um controle mais denso, tendo em vista a necessidade de análise do contexto no qual foram editados, assim como da pertinência da motivação apresentada (FREITAS, 2014). Não obstante, o aprofundamento do controle exercido faz com que possam ser evidenciados enviesamentos, até mesmo, em atos administrativos vinculados (FREITAS, 2014).

Assim, no que pese o entendimento preponderante de que o mérito não seria controlável, há de se configurar uma análise do “demérito” da Administração Pública, indicando-se como não podem ser exercidas as competências administrativas (FREITAS, 2014). Nessa perspectiva, quanto mais consciente da possibilidade da existência de vieses prejudiciais às decisões administrativas, melhor o controle da Administração Pública poderá ser exercido. Ademais, reforça-se a importância do controle dos aspectos procedimentais relativos à tomada de decisão, visto que apenas estes poderão demonstrar se, nas condições em que a decisão foi tomada, chegou-se às conclusões mais adequadas e impessoais possíveis (SAAD, 2015).

Em face dessas necessidades, destaca-se o papel exercido pelo controle interno da Administração Pública, cujas competências estão previstas nos artigos 70 e 74 da Constituição Federal. Mais próximo dos gestores, o controle interno possui potencial único de avaliar os resultados de sua atuação e retroalimentá-la (PINTO, 2018), exercendo função pedagógica e prevenindo automatismos e enviesamentos. Isso porque, como bem leciona Saad (2015, p. 52):

Sem o exercício da autoanálise, por parte da Administração Pública, com o objetivo de descobrir quais são as falhas de seu funcionamento, qualquer modelo será, com muitas chances, fadado ao fracasso, com claros prejuízos para o desempenho das políticas públicas executadas.

Por fim, há de se considerar que, como dispõe o art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-lei Federal nº 4.657, de 1942), inserido pela Lei Federal nº 13.655 de 2018, “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”. Dessa forma, a análise dos aspectos subjetivos e dos possíveis enviesamentos de uma decisão administrativa deve levar em conta as limitações endógenas e exógenas que lhe eram inerentes, à época da sua cognição (SAAD, 2015).

A consideração dos obstáculos e das dificuldades enfrentadas pela Administração Pública contribuirá para o esclarecimento dos fatos relativos ao processo de construção de suas decisões, o que se mostra essencial para que não seja promovida responsabilização indevida dos gestores públicos. De mesma forma, auxiliará a retroalimentação que proporcionará as adequações

necessárias à implementação das políticas públicas (SAAD, 2015). Busca-se, assim, um controle que não se pretende apenas repressivo, mas que pode, ao agir pedagogicamente, auxiliar a realização de adequações no ciclo de gestão das políticas públicas, aprimorando o planejamento e refutando atos abusivos e imotivados (PINTO, 2018).

### 3.4 RELEVÂNCIA DO FOMENTO À PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS NA GESTÃO E NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como forma de se enfrentar a tendência à preponderância dos fatores políticos nas decisões referentes às políticas públicas, e, por consequência, aprimorar a racionalidade da atuação da Administração Pública, recomenda-se que seja buscada uma racionalidade dialógica (FREITAS, 2014). Por meio desta concepção, a aferição dos resultados alcançados pela condução das políticas públicas deve ser submetida a teste de consenso político (SAAD, 2015), de forma que possa haver uma definição discursiva do que seria o interesse público e de quais seriam as ações prioritárias na agenda governamental (PINTO, 2018).

Assim, aponta-se a importância de se incluir, em todas as etapas e fases do ciclo de gestão das políticas públicas, e até mesmo na avaliação de seus resultados, a *participação efetiva dos cidadãos*, de forma individual ou coletiva, principalmente daqueles que serão diretamente afetados pelas políticas públicas em questão (BLIACHERIENE, 2016). Isso porque “quem melhor senão o próprio destinatário do serviço público para determinar se existe materialmente a conciliação entre a prática administrativa e o ditame constitucional da eficiência?” (AUTOR, 2000).

Nesse sentido, há de se ressaltar o teor do art. 193, parágrafo único, da Constituição Federal: “o Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas”. Portanto, a relevância da participação dos cidadãos decorre do fato de ser esse um importante instrumento para o reforço da coerência das políticas públicas, em relação às prioridades constitucionalmente definidas e para a compreensão e, por consequência, o atendimento dos interesses dos cidadãos.

Ademais, cumpre destacar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-lei Federal nº 4.657, de 1942), com as inovações introduzidas pela Lei Federal nº 13.655 de 2018, passou a prever, em seus artigos 26 e 29, a realização de consultas públicas, a manifestação de terceiros interessados e, até mesmo, a celebração de acordos com estes, que embasem a tomada de decisões administrativas. Vê-se com isso, que há um estímulo à participação popular, de

forma individual ou coletiva, e ao consensualismo, na construção das decisões tomadas pela Administração Pública.

Esse quadro converge para o surgimento da noção de Administração Pública Dialógica (LIMA, 2010), a qual pauta sua atuação pelo diálogo com os administrados e com a sociedade civil organizada, envolvendo todos os eventuais interessados na construção das decisões a serem tomadas, de forma a aumentar a legitimidade e a adequação dessas e proporcionar maior e mais célere pacificação social (OLIVEIRA; SOUSA JÚNIOR, 2018). Tudo isso condiz com o surgimento de um novo paradigma na Administração Pública, que tem por base a utilização de métodos de governança e que faz surgir uma nova relação entre o setor público e o setor privado, por meio do fortalecimento e da institucionalização do diálogo entre estes (COUTINHO, 2020).

Ante o exposto, vê-se, nos dias atuais, quanto à gestão e ao controle das políticas públicas, a retomada do debate entre representação e participação direta, travado em *O Federalista*. Se àquela época Madison vislumbrou na limitação da participação direta e regionalizada uma condição essencial ao enfrentamento das facções e, por consequência, ao atingimento de um verdadeiro interesse coletivo, atualmente, em uma sociedade cada vez mais complexa e fragmentada, vê-se nessas formas de participação dos cidadãos um ponto importante para o aprimoramento da racionalidade das decisões da Administração Pública. Freitas (2014, p. 67), contudo, destaca a importância de que a participação popular não faça surgir os prejuízos advindos das facções, expostos em *O Federalista*:

Deve-se realçar, de passagem, que o controle social e em rede da discricionariedade administrativa não se identifica com atuação fiscalizadora de facções, nem com a vontade de “multidão de pequenos tiranos”. Ao revés, há de ser desenvolvido pela maioria que se afirma, sem exaltação romântica, no compromisso acima das vontades atomizadas e defende o interesse de todos contra os seus contumazes adversários, individuais ou grupculares, capturados por interesses autocentrados.

Ademais, não se pode desconsiderar as ponderações apresentadas por Neves (2008), quanto às dificuldades de se implementar em países da modernidade periférica, como o Brasil, uma “esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania” (NEVES, 2008, p. 244). Mostra-se uma difícil tarefa, portanto, a tentativa de viabilizar que, no Brasil, cidadãos juridicamente iguais possam, através de procedimentos institucionalizados, promover o diálogo de forma justa, equânime e imparcial, assim deliberando sobre assuntos que sejam de seus interesses e chegando a consensos coletivamente interessantes (NEVES, 2008).

Segundo Neves (2008), essa dificuldade decorre da insuficiente autonomia do Direito e da precária realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade periférica, o que resulta na existência de uma dinâmica de privilégios e exclusões que impossibilita a

ação deliberativa. Dessa maneira, Neves (2008, p. 246) ressalta que “no caso brasileiro, a instrumentalização sistêmica do direito pelos meios ‘dinheiro’ e ‘poder’ não tem sido contrapesada por sua indisponibilidade e pela imparcialidade do Estado de Direito”.

Não obstante, apesar da atual inexistência, no Brasil, de uma esfera pública imparcialmente voltada à consecução do interesse público e dos fatores que dificultam a sua construção, revela-se imprescindível o fomento à participação dos cidadãos nas decisões relativas às políticas públicas. Esse entendimento, como exposto acima, encontra-se amplamente consolidado no ordenamento jurídico pátrio e, além disso, apresenta o potencial de tornar as políticas públicas mais condizentes com as reais necessidades dos cidadãos que são por elas atendidos, de forma a, com isso, contribuir com a busca da racionalidade possível, que deve nortear a atuação da Administração Pública na condução das políticas públicas.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas configuram instrumentos essenciais para que o Estado, organizando os recursos de que dispõe, viabilize a realização de objetivos e metas. Tais metas são definidas politicamente, pelo diálogo institucional existente entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo – cabendo a este último um papel de destaque nessa dinâmica, visto que lhe compete a efetiva implementação das políticas públicas.

Diante disso, como se pode afirmar que os políticos, legisladores e gestores públicos, buscam, em suas atuações, a realização dos interesses dos beneficiários das políticas públicas? Pela Teoria da Escolha Pública, essa resposta não é simples, visto que os políticos também são influenciados por seus interesses individuais em suas atuações públicas. Ademais, constata-se a existência de desvios cognitivos e automatismos que podem prejudicar e enviesar conduta dos gestores públicos. Por tudo isso, afirma-se que a Administração Pública possui uma racionalidade limitada. Não se pode esperar dela, portanto, respostas perfeitas e imediatas aos diversos e complexos problemas sociais enfrentados.

Para uma maior racionalidade técnica, mostra-se necessária a condução de um processo permanente e contínuo de aprendizado e correção de rotas, que fomente a avaliação de resultados e, assim, retroalimente o planejamento realizado. Aponta-se, para isso, a relevância da participação dos cidadãos, visto que apenas de forma dialógica poderão ser aferidas as reais necessidades dos indivíduos de uma localidade.

Nessa dinâmica, os órgãos de controle interno e externo da Administração Pública assumem papel de suma importância. Isso se deve ao potencial que possuem para, de forma independente, impedir abusos e retroalimentar a condução das políticas públicas, tornando-as mais responsivas aos interesses dos cidadãos. Para isso, contudo, deve haver um aprofundamento do controle realizado, de forma que esse melhore qualitativamente, passando a aferir a juridicidade, os resultados, a legitimidade e a coerência com os fins constitucionais das políticas públicas.

Ademais, para a legitimação da atuação dos gestores públicos perante os órgãos de controle, faz-se essencial que seja reforçada a motivação das decisões administrativas. Dessa forma, devem ser apresentados os fatores fáticos e jurídicos que as justificam, assim como os procedimentos que embasaram o processo de construção dessas decisões. Nesse sentido, revela-se possível e desejável que a motivação das decisões administrativas considere, dentre outras questões, o planejamento anteriormente realizado, os resultados decorrentes da execução das políticas públicas e a oitiva dos cidadãos por elas atendidos.

Conclui-se, assim, que não se mostra simples a tarefa de conduzir políticas públicas de forma coerente e adequada aos fins constitucionais e às reais necessidades e interesses dos cidadãos. Contudo, compreender que se trata de um processo complexo, e que não há atalhos alternativos à melhoria da qualidade da gestão, do planejamento e do controle da Administração Pública, já configura um primeiro passo essencial.

## REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta T. S. Tendências no estudo sobre avaliação de políticas públicas. Terceiro Milênio: Revista Crítica de Sociologia e Política, Campos dos Goytacazes, p. 126-133, jul./dez. 2013.

BLIACHERIENE, Ana Carla. Controle de Eficiência do Gasto Orçamentário. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Brasília: 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. Revista de Informação Legislativa, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. The Calculus of Consent: logical foundations of constitutional democracy. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

COUTINHO, Doris de Miranda. Prestação de Contas de Governo. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CRUZ, Antonio Augusto B. R. da. Teoria da escolha pública – Uma visão geral de seus elementos sobre a ótica de Gordon Tullock em sua obra 'Government Failure'. Revista Virtu@1, v. 9, p. 1, 2011.

Autor (2000). Removido para avaliação cega.

Autor (2014). Removido para avaliação cega.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), v. 36, n. 70, p. 115, 17 jun. 2015.

GOTTI, Alessandra. Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAYEK, Friedrich August von. The Constitution of Liberty: the definitive edition. Chicago: The University Of Chicago Press, 2011.

LIMA, Mariana Sciesleski de. Fundamentos para uma Administração Pública Dialógica. Perspectiva, v. 34, n. 126, p. 73-84, jun. 2010. Disponível em: [https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126\\_109.pdf](https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126_109.pdf). Acesso em: 26 jan. 2021.

MANKIWI, N. Gregory. Introdução à Economia. 8. ed. São Paulo: Cengage, 2020.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do direito administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019.

OLIVEIRA, Mateus Moura de; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. Administração Dialógica e uma nova legitimação dos Atos Administrativos: uma reflexão da democracia em Habermas e os obstáculos de uma sociedade civil multicultural. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Salvador, v. 4, n. 1, p. 114-131, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/4446/pdf>. Acesso em: 26 jan. 2021.

PEREIRA, Paulo Trigo. A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal? Análise Social, v. 32, n. 2, p. 419-442, 1997.

PINTO, Élide Graziane. Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento. In: PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da lei nº 13.655/2018, que alterou a lei de introdução às normas do direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 105-134.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. Bauru: EDIPRO, 2000.

SAAD, Amauri Feres. Regime jurídico das políticas públicas. São Paulo: [S.N.], 2015.

SAAD, Amauri Feres. O controle da administração pública. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017.

SCAFF, Fernando Facury. Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

STARK, David; BRUSZT, Laszlo. *Enabling Constraints*: fontes institucionais de Coerência nas políticas públicas no pós-socialismo. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 13, n. 36, São Paulo, fev. 1998. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69091998000100002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000100002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 26 jan. 2021.

AS DIFERENTES GARANTIAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E OS  
EFEITOS PRÁTICOS NO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

THE DIFFERENT GUARANTEES IN PUBLIC BIDDING AND THE  
PRACTICAL EFFECTS OF CONTRACTUAL DEFAULT

Adilson Neri Pereira<sup>1</sup>

Felipe Gonçalves Fernandes<sup>2</sup>

RESUMO

Diante da exigência de garantias nos contratos com a administração pública, avalia-se a adequação do seguro garantia que apresenta vantagens importantes quando comparado com o depósito-caução e a fiança bancária, em termos de partícipe das soluções para a continuidade do contrato ou negociação em torno dos efeitos da sua cassação ou caducidade. Nesse ponto, apresenta alternativas como a obrigação de execução específica ou o acompanhamento das reclamações trabalhistas e previdenciárias no caso de contratos de prestação de serviços, mesmo com um percentual de garantia bastante reduzido frente aos problemas.

**Palavras-chave:** garantia, seguro garantia, fiança bancária, contratos administrativos, indenização.

ABSTRACT

In view of the requirement of guarantees in contracts with the public administration, the adequacy of the insurance guarantee that it presents important advantages when compared to the security deposit and bank guarantee, in terms of participating in the solutions for the continuity of the

---

<sup>1</sup> Possui graduação em matemática pela Universidade de São Paulo (2005), graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), mestrado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2017) e é doutorando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é pesquisador da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no grupo de pesquisa PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO DIREITO ADMINISTRATIVO E CONTRAFAÇÕES ADMINISTRATIVAS. É diretor da AIDA - Associação Internacional de Direito de Seguros, Diretor da ANSP - Academia Nacional de Seguros e Previdência, membro da Comissão de Direito Securitário da OAB-SP, Vice Presidente do Grupo Nacional de Seguros de Transportes, membro do Grupo Nacional de Seguros de Crédito e Garantia, Coordenador do Comitê Jurídico do SINCORSP - Sindicato dos Corretores de Seguros de São Paulo, professor no MBA da Escola de Negócios e Seguros. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: seguros, garantias, obrigações, responsabilidade civil e regulação de sinistros.

<sup>2</sup> Graduado pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

contract or negotiation around the effects of its cancellation or expiry. At this point, it presents alternatives such as the obligation of specific execution or the follow-up of labor and social security claims in the case of service contracts, even with a very low percentage of guarantee in contracts.

**Keywords:** guarantee, surety bond, bank guarantee, administrative contracts, indemnity.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao tratar de situações ligadas à administração pública há necessidade de se estabelecer as premissas orientadoras do pensamento desenvolvido, as quais servirão de guia tanto à fundamentação do discurso quanto a crítica da sua validade.

Nesse sentido, entende-se que na perseguição do fim público, juntamente com o reconhecimento do pluralismo político patente em nosso ordenamento, exista a consagração de três pilares, os quais também estruturam a composição do estudo e da atuação da ciência do direito: ter a constituição federal como filtro necessário na interpretação das normas, em particular pela avaliação sistemática dos direitos fundamentais consagrados no texto; o reconhecimento de supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos bens públicos<sup>3</sup>.

Sendo o direito a expressão da linguagem, imersa na cultura típica da sociedade, percebe-se a oportunidade de se considerar a legislação pertinente ao tema de garantia sob a dimensão dos significados sintáticos, das relações semânticas e das consequências pragmáticas do texto<sup>4</sup>.

Parte-se sempre do pressuposto de que o legislador procura realizar da melhor forma possível as finalidades da república, estipulando regras de conduta que procurem satisfazer o que é bom para a própria comunidade, preservando o interesse público como verdadeiro princípio condutor, num caminho de intensa conjugação com a realização das premissas fundamentais ao bem viver<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. Ed. 32. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 70-86.

<sup>4</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. 3 Ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 28-29.

<sup>5</sup> ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 8 ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 51. O autor compõe o seu pensamento tendo na norma imperativa o comportamento tido por categórico no pensamento de Kant, traduzido para o Direito como forma de realização da moral ou das finalidades devidamente sopesadas pela valoração, contraposto ao imperativo meramente hipotético que varia ao sabor das preferências momentâneas, da determinação de um déspota ou de quem tenha o poder para obter as vantagens necessárias, mas que o pensador colhe no direito como imperativo condicional.

Ao mesmo tempo, necessário reconhecer elevada dose de racionalidade nos diplomas legislativos, tendo uma produção consciente e coordenada como forma de garantir homogeneidade interpretativa, partindo-se da premissa de que as normas guardam relações de pertinência com o sistema e são ordenadas de acordo com objetivos finalísticos<sup>6</sup>.

Certo que o legislador tem a necessidade de se valer de regras de atuação fundadas na Constituição Federal, como um fio condutor das medidas aprovadas, numa coerência lógica, incorporada ao discurso linguístico produzido, sintaticamente dependente de outras normas, observando os limites semânticos dos conceitos, obviamente, ajustados às necessidades prementes de organização da conduta social<sup>7</sup>.

Entretanto, não se atribui ao legislador o trabalho hercúleo de determinar precisamente todos os procedimentos, definições e orientações a quem tem competência de aplicar o direito, seja pela impossibilidade de o fazer, mas porque a boa técnica indica que cabe ao administrador a escolha da alternativa mais apta a atender aos interesses diante do caso concreto.

Há uma incompletude normativa pela abertura admitida na hipótese da norma, no seu antecedente ou no seu consequente, condição que permite ao agente averiguar as situações fáticas enquadradas na descrição do fato normativo, descrito de forma abstrata e genérica no antecedente, além dos próprios efeitos prescritos no consequente, aferindo-se a forma de aplicá-lo ou mesmo determinar com precisão esses efeitos.

Vejamos tais características na norma sob análise neste artigo, extraído da lei 14.133/2021, a lei de licitações públicas:

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

A abertura semântica já se verifica na discricionariedade atribuída ao agente para determinar se irá ou não exigir garantia, norma modalizada com o operador de permissão (Px), onde x é a exigência de garantia.

---

<sup>6</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Trad. Ilza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 387-390. Em que pese o fato de ser uma criação fantasiosa, a assunção de racionalidade do legislador permite a eliminação de incoerências frente a valores insertos na constituição, possibilitando, ainda a integração do direito segundo cânones científicos de interpretação e aplicação do direito, em nome de uma segurança jurídica que seria impossível se o ordenamento fosse em verdade um amontoado de normas, descoordenadas.

<sup>7</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3 Ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 213-214.

No momento em que o operador decide por essa conduta, o modal, agora aplicado ao pretendente a contratar com a administração, deixa de ser permissivo; torna-se obrigatório (Oy), exigência de “y”, onde “y” é a garantia.

Ainda assim, a abertura não se desfaz, pois, o texto não estipula as condições para alcançar aquela decisão e, também não se completa com a imposição de sanção, inclusive, porque os caminhos são alternativos, poderá ou não exigir.

Como em nosso exemplo, incompletudes determinadas pela abertura no antecedente ou no conseqüente, concorrem com o fenômeno cada vez mais amplo de utilização de conceitos indeterminados na estruturação da lei, compondo situações em que se atribui ao administrador a função de preencher o significado desses conceitos abertos, diante da complexidade situacional, da avaliação do caso concreto<sup>8</sup>.

No campo das relações entre a administração pública e os administrados, em particular nas decisões de compra, presume-se caber ao Estado regular as formas de contratação e, portanto, a conduta a ser regulada merece atenção cuidadosa e firme, tendo no direito administrativo um esteio contra a gestão despreocupada com a sociedade<sup>9</sup>.

Não se pode olvidar que a decisão quanto à conveniência e oportunidade das compras integra o poder discricionário do agente competente, observado o interesse público a ser atendido. A ratio decidendi não poderá desviar-se do princípio de atendimento ao bem geral, enquanto o momento para sua implantação dependerá firmemente de uma avaliação própria, específica, adequada tanto do momento, quanto da forma e adequação frente ao orçamento.

Esgrime-se nesse momento a autonomia gerida pelas regras de competência, pelos pressupostos de fato e escolha dos fins imediatos, visando o atendimento das políticas ditadas pelo atendimento às necessidades da população e continuidade do serviço público<sup>10</sup>.

O agente público não detém liberdade de atuação, tal qual os particulares. Possui competência discricionária para agir, o que é algo muito distante do livre arbítrio. Impõe-se ao administrador a realização dos interesses públicos na maior medida possível, consequência lógica e

---

<sup>8</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 142.

<sup>9</sup> MUKAI, Toshio. O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 30-31.

<sup>10</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. V. 7. Rio de Janeiro: 1947, p.58-66. O autor reúne interpretações quanto à discricionariedade administrativa na França, Itália e Alemanha, em particular quanto à discussão que então se apresentava de controle judicial das medidas administrativas. Atualmente, a questão está superada, porquanto, o controle dos atos pelo judiciário é uma realidade que se impõe e, em nosso ordenamento, há clara previsão quanto ao poder do judiciário a esse respeito, porquanto nenhum ato pode ser subtraído da apreciação judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

imediate do princípio da boa administração<sup>11</sup>. Nesse intento, implantará o programa legislativo, seguindo as determinações vinculantes e, quando o caso, decidindo nos espaços permitidos pela incompletude normativa, com o objetivo de realizar a finalidade prevista ou proposta no programa de governo ou na lei<sup>12</sup>.

Diz-se que os espaços passíveis de preenchimento pelo agente competente podem ser estruturais ou epistêmicos, segundo a imprecisão esteja relacionada com inexistência de proibição ou obrigatoriedade na norma, e, portanto, com permissão ampla ou com a insegurança quanto ao que está normatizado<sup>13</sup>.

A decisão do administrador em instaurar uma licitação, em realidade, um processo administrativo em que se demonstre a necessidade de contratar com terceiros, assim como a sua omissão em realizá-la, estão sujeitas ao questionamento por parte dos administrados, quando o ato ou a omissão interferirem em sua esfera jurídica, ou pelo Ministério Público quando o prejuízo pela ação ou omissão afetarem interesses homogêneos da população.

Discute-se a possibilidade de controle sobre a omissão. Não parece possível que o judiciário venha a suprir a falta do administrador e convocar uma licitação, exercendo o julgamento da conveniência e oportunidade, dispondo sobre a reserva de recursos no orçamento, decidindo a respeito do projeto básico e executivo, das regras do edital. Por se tratar de decisão discricionária do executivo, o magistrado pode no máximo exercer alguma pressão para que a omissão não se mantenha, como a aplicação de multa, mas não há notícias de procedimentos similares ao mandado de injunção em matéria de omissão constitucional e que se aplique em matérias próprias da legislação ordinária.

Diferente é essa situação diante de obrigação vinculada do administrador. Nessa hipótese, a sua falta em realizar a medida pode gerar a substituição do ato por uma decisão judicial. Ou seja, o próprio juiz emite o ato, considerando que a lei já traz todos os parâmetros de atuação.

Em resumo, o controle externo exercido pelo judiciário sobre a administração pública, tem em seu arcabouço o atributo da substituição nas hipóteses de competência vinculada e o atributo da injunção, nas hipóteses de competência discricionária<sup>14</sup>.

## RELAÇÕES ENTRE O ADMINISTRADOR E O CONTRATADO

<sup>11</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria Jurídica da Liberdade. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 115-120

<sup>12</sup> MUKAI, Toshio. O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 118-119.

<sup>13</sup> KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Espaços no Direito Público: para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 23-27.

<sup>14</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Políticas Públicas e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 152. jan./mar. 2018.

Ao realizar com terceiros a compra, a contratação de serviços ou a construção de qualquer obra, a administração instaura uma relação uni-pluriunívoca, na qual assume o papel de predecessora e todos os concorrentes são constituídos como sucessores, relação poliádica, essencialmente funcional<sup>15</sup>.

Essa relação, denominada licitação pública, se consolida em um contrato indicador de nova relação, dessa vez, na maioria das vezes, biunívoca, porquanto, o mais comum é que apenas um indivíduo seja contratado para execução do mister requerido.

O contrato se constitui como norma individual e concreta na qual o sujeito ativo tem a prerrogativa de exigir o cumprimento da obrigação estipulada, enquanto o outro está investido na obrigação de a concretizar<sup>16</sup>.

O Estado está apresentado nessas situações por órgãos designados nas normas como integrantes da administração e segundo o princípio da descentralização do poder por meio de atribuição de funções especiais a sujeitos de direito criados segundo os interesses governamentais<sup>17</sup> e que dão corpo ao que se denomina competência administrativa.

Por conta da desconcentração de poderes em unidades políticas que formam a república federativa teremos o estado representado ora pela União, ora por Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.

A constituição federal estipula como função da União regular em linhas gerais o processo de aquisição de bens pelas unidades federativas:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

---

<sup>15</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3 Ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 98-101.

<sup>16</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, p. 556.

<sup>17</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 179-180.

À ocasião em que foi promulgada, os procedimentos de licitação eram regulados pelo Decreto-lei 200/67, recepcionado como lei ordinária. Substituído em 1993 pela lei 8666 e, finalmente, em 2021, pela lei 14.133, em perfeita sintonia com a teoria dos sistemas diacrônicos na formação do ordenamento jurídico<sup>18</sup>, partindo de um país com constituição rígida que regula as formas de introdução de novas leis.

Em todos esses diplomas legislativos aparece a preocupação quanto à exigência de garantias de que as obras, serviços ou compras sejam levados a efeito e concretizados na forma estipulada nos contratos, ou seja, o ordenamento preserva as regras estipuladas nos sistemas sincrônicos, evidenciando a importância conferida à definição legislativa. Mas, é importante assinalar: a exigência não eliminou o grande número de obras inacabadas, esqueletos de construções que denotam a ineficiência de contratações, as fraudes, desvios de finalidade, falta de planejamento, inexistência de punição dos culpados.

Tome-se como exemplo a construção da ferrovia transnordestina iniciada ainda no segundo império e que ainda não foi concluída, sofrendo diversas paralisações<sup>19</sup>.

A nova lei trouxe modificações significativas no que pertine a uma das garantias previstas desde a década de 1960 nas licitações: o seguro garantia<sup>20</sup>.

De fato, em obras de grande vulto tornar-se-á possível a implantação do que em inglês se conhece por “step in”. Literalmente, pôr o pé na obra, assumir a execução do objeto em lugar daquele contratado originalmente pela administração por meio do processo de licitação.

Por esse novo mecanismo, em caso de inadimplemento total ou parcial do executante, a seguradora que assina o contrato como interveniente-anuente pode afastar o contratado e prosseguir com suas próprias forças na continuidade do empreendimento, caso não opte por indenizar o valor assegurado.

Essa é uma forma de efetivar um dos princípios que a lei define para esse seguro: cumprir fielmente o objeto do contrato (artigo 6<sup>a</sup>, inciso LIV).

Tal regra é mandatória para obras de grande vulto, aquelas cujo valor estimado supere a R\$ 200 milhões (artigo 6<sup>o</sup>, inciso XXII), prevalecendo para as contratações ordinárias a

---

<sup>18</sup> GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p 349-351.

<sup>19</sup> BRASIL. SENADO FEDERAL. Comissão de Obras Públicas Inacabadas. Relatório Final 1995, p.7. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4281076&ts=1596316390493&disposition=inline>>. Consultado em 25.04.2021.

<sup>20</sup> Em realidade, essa opção foi inserida em nosso sistema pelo Decreto-lei 200/67. Deixou de constar da redação original da lei 8666/93, sendo reintroduzida nessa mesma norma pela lei 8883/94. É relativamente nova a sua presença entre nós se compararmos com a experiência americana que já possuía esse seguro no final do século XIX.

alternativa de adoção desse mesmo sistema ou do critério que já vigorava: seguro com valor de 5% por cento do valor do contrato, podendo atingir 10% em obras de maior dificuldade, mediante parecer justificando a complexidade técnica do objeto (artigo 98).

Em outros termos, para a maioria dos contratos, os limites de garantia operados por meio do seguro permanecem no mesmo patamar previsto na lei 8.666/93, além de não ser possível que a seguradora substitua o contratado e dê continuidade ao projeto, inclusive, porque esse procedimento nem seria adequado nas licitações envolvendo a compra de bens ou a prestação de serviços

Essa impossibilidade de substituição, nos casos ordinários, faz parte de norma implícita no ordenamento<sup>21</sup> que condiciona a contratação à empresa que tenha formulado proposta, participado da concorrência, demonstrando ser aquela com aptidão à execução do objeto e, portanto, teve a adjudicação do contrato que traz regras explícitas contrárias à terceirização dessa obrigação de fazer.

Uma interpretação razoável dessas regras indica que não poderá transferir a obrigação à seguradora que emitiu a apólice de garantia, caso contrário, estar-se-ia permitindo a terceirização da atividade por vias transversas: bastaria interromper o projeto para que a seguradora providenciasse a continuidade com outra empresa, eventualmente, uma que tenha participado da licitação.

Certamente, podem existir situações em que se exijam condições distintas dessas previstas na lei e, ainda, que se anuncie com a medida o interesse de melhor tutelar o interesse público. Entretanto, estará presente um vício de discricionariedade pelo excesso ou utilização defeituosa das prerrogativas atribuídas ao responsável pela conformação do edital de concorrência ou do contrato.

Assim, como já constava, quando exigido pelo Poder Público, o contratado poderá apresentar uma das seguintes garantias (artigo 96, § 1º): caução em dinheiro, títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, seguro-garantia ou fiança bancária. Acrescente-se a hipótese de hipoteca em segundo grau quando imóvel objeto de doação com encargos for ofertado em garantia de financiamento (artigo 76, § 7º).

O termo garantia acaba por denotar situações que guardam distinções importantes entre si, embora tenham uma característica importante a aproximá-las como integrantes de uma classe, qual seja, o intento de que o objeto seja concluído ou haja uma compensação quando o intento não é concretizado.

---

<sup>21</sup> GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p 357-358.

Percebe-se a presença do cálculo das relações, a união de dois grupos que contém elementos distintos<sup>22</sup>.

Seja A o conjunto composto pelas formas de concluir o objeto, pelo próprio contratado, por alguém que o substitua, por meio de financiamento das atividades ou por meio de pagamentos diretos a fornecedores; B, as compensações admitidas em direito pelo inadimplemento, como o pagamento em dinheiro. Sob essa ótica a garantia está formada pela união de A e B. As soluções que estão em A atendem ao interesse público por meio de uma relação R, enquanto as soluções de B compõem outra relação S.

Dado x pertencente a A, y pertencente a B, então  $(xRy) \vee (xSy) = x(R \cup S)y$ , onde U representa o cálculo de união das relações e “v” representa o signo lógico “ou inclusivo”. A soma corresponde à relação na qual estão todos os pares ordenados da relação R, todos da relação S ou de ambas.

Chama a atenção o fato de que o dinheiro, os títulos e a fiança bancária exigem procedimentos distintos, quando se considera o momento em que o contratante se vê diante da necessidade de acessá-los para suprir um prejuízo decorrente da inexecução pelo contratado ou fazer frente ao montante de uma multa, aplicada após o devido processo administrativo.

Essa é uma consequência prática da polissemia da palavra garantia, a qual pode se referir a uma simples promessa, afirmando a execução de um trabalho, uma tarefa, um contrato; uma crença de que o resultado será alcançado; uma afirmação de que o trabalho será executado; um compromisso de executar o objeto em lugar do primeiro obrigado; assunção da obrigação de pagar os prejuízos decorrentes da inexecução total ou parcial; compensação pela inexecução.

Em geral, os grupos de significados distintos percorrem os caminhos da constituição dos procedimentos para que o objeto de um contrato seja concluído a contento, mas também o próprio substituto em caso de inexecução do objeto.

Relação ambígua, identificando simultaneamente o procedimento e o resultado, ambiguidade processo-produto<sup>23</sup>.

No campo pragmático, apenas as duas últimas acepções podem ser reconhecidas como verdadeiras ou adequadas à questão, como se depreende do contexto em que foi inserida a exigência:

---

<sup>22</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3 Ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 107-108.

<sup>23</sup> MOUSSALLEM, Târek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, p. 178-179.

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - Caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;

II - Seguro-garantia;

III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

O legislador, no antecedente da norma, atribuiu ao administrador a definição do fato jurídico, a escolha da hipótese que o fará atuar de acordo com a norma. A indicação de que o critério pertença exclusivamente à autoridade competente não a livra de agir de maneira condizente com o interesse público, com a necessidade de fazer valer os efeitos da norma, sempre que presentes as condições necessárias. Em outros termos, fica preservada a obrigação de agir da melhor forma possível, aquela condizente com os programas públicos pertinentes<sup>24</sup>.

Claro está que a proposição se consolida dentre as duas opções, quais sejam, pagamento ou execução. De fato, as três alternativas de garantia têm o contratante como beneficiário, por meio de ações vinculadas ao contrato e todas preveem a utilização de dinheiro ou de objetos que se traduzem em tal forma, seja pela transformação de títulos em moeda, do pagamento realizado pela seguradora ou pelo banco emitente da fiança.

Além disso, quando se trata do seguro existe ao lado da opção de pagamento, a possibilidade de execução, opção que se extrai diretamente das condições gerais do seguro garantia:

Art. 13 A seguradora indenizará o segurado, mediante acordo entre as partes, segundo uma das formas abaixo:

I – Realizando, por meio de terceiros, o objeto do contrato principal, de forma a lhe dar continuidade, sob a sua integral responsabilidade; e/ou

II – Indenizando, mediante pagamento em dinheiro, os prejuízos e/ou multas causados pela inadimplência do tomador, cobertos pela apólice<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Mandado de Segurança Contra Denegação ou Concessão de Liminar. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. vol. 11/2019.p. 441 – 449. Out - Dez / 2019.

<sup>25</sup> Disponível em: <<https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/11370>>.

A própria lei de licitações indica o caminho de execução nas hipóteses de retomada pela seguradora, em obras de grande vulto, nas quais assina o contrato como interveniente anuente, com poderes de fiscalização, acompanhamento, acesso a todos os locais, acesso às auditorias e, caso venha a intervir para concluir o objeto, a lei autoriza que a nota de empenho seja emitida em seu nome ou a quem indicar.

Só se pode entender que a norma incida de forma a viabilizar o entendimento que as partes assumem como compatível com a atuação esperada<sup>26</sup>.

Assim, o conceito prático de garantia está delimitado no texto pela prestação e contratações, logo a sua definição só faz sentido se atender à dimensão estipulada por esses complementos, como conceito prático que é, com limites determinados pela condição fática<sup>27</sup>, levando a uma prestação efetiva na contratação considerada.

## OBJETO DA GARANTIA

Superada a questão semântica, entende-se que a prestação de garantia nas contratações tenha o triplo papel de auxiliar o contratante na remoção do ilícito tão logo determinado, de indenização e de execução ou finalização do objeto do contrato, nesse caso, exclusivamente por meio do seguro garantia, uma vez que as demais formas de garantia limitam-se a pagamentos.

Corresponde ao contratante o desenvolvimento do que se pode conhecer como tutela inibitória, aquela voltada à atuação sobre o objeto do contrato, mediante fiscalização do cronograma, das condições meteorológicas, do número de pessoas alocadas às tarefas, da quantidade de equipamentos disponibilizados, enfim, da constatação de que as condições materiais encontram-se reunidas e aptas à execução, de tal forma que não seja surpreendido pelo inadimplemento que poderia ser detectado no simples exercício da fiscalização.

No aspecto que se pode denominar ainda como preventivo, caberia ao segurador a atuação na remoção do ilícito, desde que informada dos fatos, situação que se colhe, por exemplo, quando a mão de obra alocada é insuficiente e se detecta que a causa está relacionada com a falta de recursos financeiros do contratado.

Em tal situação, o segurador pode intervir como agente financeiro do executante, considerando que o aporte de recursos para a conclusão do projeto pode ser mais vantajoso que o

---

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. RT/Fasc. Civ. Ano 89, v.779 set. 2000, p. 14-16.

<sup>27</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. V. 7. Rio de Janeiro: 1947, p.54.

pagamento dos danos no futuro. O auxílio financeiro pode dar-se por meio de empréstimo com pagamento diferido no tempo, juros reduzidos ou o pagamento direto da mão de obra e eventual subcontratação de terceiros para uma etapa específica.

Ocorrido o inadimplemento, o segurador terá a oportunidade tão somente de ações reparadoras, como a execução por intermédio da subcontratação de outra empresa que substitua por completo o executante ou o pagamento do equivalente em dinheiro<sup>28</sup>.

Acresce, no entanto, observar que o procedimento de continuidade do objeto do contrato, construção, prestação de serviços ou fornecimento de bens, está condicionado pela verificação de que o inadimplemento tenha sido causado pelo contratado, além da confirmação do prejuízo daí decorrente.

Poder-se-ia argumentar que o processo administrativo necessariamente instaurado pela administração para apurar as causas de inadimplemento, determinar a resolução contratual e apenar o contratado seja o instrumento para tanto.

Não é dessa forma que as coisas se encaminham, pois, o processo se instaura na relação construída entre o contratante e o contratado, sem obrigar o garantidor que não integra diretamente a avença, participando apenas de um contrato acessório.

O segurador notificado de um inadimplemento parcial ou total, instaura, ele próprio um procedimento de apuração das causas e prejuízos, denominado regulação de sinistro, o qual é integrado por especialistas e analistas da própria seguradora, com o objetivo específico de colher informações sobre o andamento do contrato, entrevistar contratante e contratado, aferir os diários de obra no caso de construção, as atas de reuniões, o cronograma físico-financeiro, as especificações técnicas, o projeto básico, o projeto executivo, os relatórios de medições, enfim todos os documentos que digam respeito ao objeto do contrato.

Esse inquérito, ainda que reúna o posicionamento das partes em conflito, é unilateral, no sentido de que fará prevalecer a decisão da seguradora que pode diferir daquele apurado no processo administrativo.

Nessa hipótese, determinando-se que o contratado não deu causa ao inadimplemento ou que não há prejuízo indenizável, não haverá prestação da garantia como pagamento ou execução. Se, pelo contrário, restar definido na apuração levada a efeito pela seguradora

---

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 121-442. Utiliza-se aqui as denominações consagradas pelo autor na tutela de direitos de caráter inibitório, de remoção do ilícito, tutela específica, ressarcitória e pelo equivalente em dinheiro. Entretanto, nesse estudo, as tutelas estão referidas ao procedimento de regulação de sinistro, iter específico dos seguradores no procedimento de indenização que no seguro garantia, por determinação normativa vai além da reparação pelo equivalente em dinheiro.

que o houve inexecução, ainda que parcial, por ato ilícito ou doloso do contratado, então estará presente a caracterização da cobertura.

No seguro de garantia de execução de obras, prestação de serviços ou fornecimento de materiais, o prejuízo indenizável corresponde ao chamado sobrecurso, ou seja, à diferença entre o orçamento original e aquele necessário à conclusão do objeto, sempre limitado ao valor assegurado.

Em se tratando de contratos com a administração pública, o seguro também oferecerá garantia ao pagamento de multa rescisória ou moratória que não tenha sido paga pelo contratado.

## A INSUFICIÊNCIA DOS LIMITES PREVISTOS NA NORMA

Discute-se o fato de que o percentual estipulado na legislação seja insuficiente para proporcionar o término de vários projetos, especialmente, de obras. Isto porque o valor máximo permitido pela lei para contratações ordinárias é de 5% do valor do contrato, podendo elevar-se a 10% em obras condições de maior complexidade, sendo que apenas em obras de grande vulto é que esse percentual pode se elevar a até 30%.

A multa rescisória já costuma ser fixada nesse percentual de 5% e, portanto, se o seguro for direcionado ao seu pagamento, não restará valor assegurado para se completar o objeto, sendo importante observar que a mesma afirmação se estende ao depósito-caução ou à fiança bancária: a indicação de um percentual fixo, num patamar tão reduzido, raramente atenderá o interesse público.

Tenha-se como exemplo que apenas o custo de mobilização de uma empresa numa obra rodoviária já tem um percentual significativo e, portanto, quando se toma a decisão de pôr término aos ajustes com uma empresa e contratar outra para dar prosseguimento aos serviços, certamente haverá prejuízos decorrentes desse custo adicional.

O artigo 147 da lei 14.133/2021 indica a necessidade de avaliação desses fatores:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

- I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- III - motivação social e ambiental do contrato;
- IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
- V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
- VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
- VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
- VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
- IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
- X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
- XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Certamente, há um custo variável ao longo da execução de uma obra. Da mesma forma, há contratos em que não existe a necessidade de mobilização ou desmobilização de equipe, como no fornecimento de materiais. Some-se a isso toda a gama de custos envolvidos e listados nos incisos acima.

Quando se está diante da prestação de serviços, pondera-se a respeito da responsabilidade subsidiária da administração em relação aos custos de demissão de funcionários, aí incluídas as despesas com aviso prévio, férias proporcionais, décimo-terceiro salário, multa rescisória.

Ainda quando se observa o regramento de constituição de conta vinculada para o depósito das verbas proporcionais, não raramente, os empregados apresentarão reclamações contra o empregador que poderão afetar o contratante, ocasião em que deste será exigida a comprovação de diligência ao exigir a apresentação de comprovantes de recolhimento de verbas previdenciárias pertinentes ao prazo de duração do contrato, de regularidade com o fundo de garantia por tempo de serviços durante a vigência do contrato.

No aspecto da prestação de serviços, deve-se ter em conta que esses contratos podem ser renovados por até cinco anos, situação que normalmente ocorre. Entretanto, ao final desse longo período, a administração é obrigada a realizar nova licitação, ocasião em que a empresa substituída passará pelo mesmo infortúnio de demissão em massa, pagamento de multas e verbas rescisórias, mas nesse momento já não será possível contar com a garantia que, em princípio,

corresponde tão somente à execução do objeto do contrato, sem se estender a situações que perdurem após ao seu término de vigência.

Dentre as garantias indicadas pela lei de licitações, o seguro é a opção que permite incluir cobertura para reclamações trabalhistas, inclusive, aquela decorrente de prestação em caráter de exclusividade, como se ocorrer com serviços de vigilância, de limpeza e conservação, de telefonia, de operação de sistemas de tecnologia.

Tenha-se claro que seja fiança bancária ou seguro, ocorrendo o pagamento de qualquer valor pelos garantidores, estes restam sub-rogados nos direitos do contratante para agir em face do contratado, responsável pelo ato ilícito ou doloso resultante na rescisão contratual para recuperar o quanto indenizado.

No direito romano, *subrogatio* tinha como significado o acréscimo de alguma coisa à lei anterior<sup>29</sup>. Na teoria da linguagem, haveria um ato locucionário de acréscimo, um ilocucionário de promulgação da lei com acréscimo, um ato perlocucionário de inserção de nova norma no sistema. A situação indicada na hipótese de pagamento não corresponde ao mesmo instituto.

Instaura-se na oportunidade uma nova relação, agora entre quem pagou pelos prejuízos e o responsável pelos danos. Opera-se a relação denominada de sub-rogação de direitos, a qual independe da vontade das partes, porquanto fundada em permissivo legal que constitui o sub-rogado, para quem a lei transmite todos os poderes do credor original, sem a necessidade de colher a sua permissão, nem efetuar qualquer condicionalidade.

Pelo contrário, todos os direitos, ações, garantias são imediatamente transferidos com o simples pagamento. Uma vez o credor indenizado dos prejuízos, não terá mais a oportunidade de agir em face do devedor, salvo se quantia recebida for insuficiente para reparar os danos, hipótese em que haverá um resquício de valores a serem pretendidos por este, sem que tal realidade venha a obstar o exercício do direito daquele que pagou pela parcela dos danos.

A relação que se estabelece opera a transição entre os termos identificados: o credor “a” mantinha contrato com o devedor “b”. Diante dos prejuízos causou, a empresa “c” efetuou o pagamento, em função da garantia fornecida, como seguro ou fiança bancária.

Originalmente, havia a relação R entre “a” e “b” (a R b). Efetuado o pagamento, se estabelece a sub-rogação S entre “a” e “c” (a S c).

Esta permite que o devedor “b” seja acionado judicial ou extrajudicialmente pela empresa “c” para obter, em regresso, o quanto tenha indenizado. O fato de o devedor ser acionado dá ensejo a uma nova relação (A): (b A c), “b” é acionado por “a”.

---

<sup>29</sup> MOUSSALLEM, Tárék Moysés. Revogação em Matéria Tributária. São Paulo: Noeses. 225.

Parte-se de (a R b), cujo inadimplemento ocasiona (a S c) e possibilita a relação (b A c):

(a R b) => (a S c).

(a S c) => (b A c).

As relações são distintas e, portanto, não há que se falar em propriedade transitiva, indicando-se tão somente a possibilidade de que um agente seja substituído por outro ao mudar a relação, primeiro, pelo inadimplemento; depois, pelo pagamento; e, finalmente pela ação regressiva.

Tenha-se presente que a sub-rogação é um construto do Direito. Não existe de forma natural, poderia não existir ou ser conformada de forma diferente. Nos termos do artigo 349 do código civil são transferidos ações, direitos, privilégios e garantias, alcançando, inclusive, eventuais fiadores.

Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

O legislador poderia não abranger todas essas características, não as estender ao fiador, limitar a uma parcela da dívida, mas sua intenção foi bastante abrangente, invadindo, inclusive, as fronteiras de algumas limitações processuais.

Se o credor original, por exemplo, for pessoa física, o sub-rogado teria o direito de agir no tribunal especial cível para recuperar os valores indenizados, mesmo sendo pessoa jurídica. Não fosse assim e o alcance semântico da lei haveria que ser reduzido, mas a sintaxe prevista não impôs limitações dessa ordem.

E mais, se a relação original era de consumo, mantida entre fornecedor e consumidor final, então o sub-rogado também teria acesso à legislação especial que comanda essa relação, podendo se valer de um prazo prescricional de cinco anos, da prerrogativa de requerer a inversão do ônus da prova, da possibilidade de se valer dos critérios de responsabilização objetiva por fato do produto ou do serviço.

Em outros termos, a sub-rogação se constitui como relação diferenciada capaz de alterar as fronteiras de determinações de ordem material ou processual, alcançando mesmo os fiadores.

Essa passagem pela sub-rogação tem o propósito de suscitar discussões em torno do seu papel, mas principalmente, demonstrar que a sua existência pressupõe a adoção de cuidados especiais para comprovar o seu fundamento, qual seja o pagamento de dívida existente.

Se a dívida não existe, tampouco se opera a sub-rogação, na medida em que o próprio pagamento seria indevido. Agora, quando se retorna ao papel do garantidor, percebe-se a absoluta necessidade de que este se certifique da justeza do pagamento em nome do devedor original, com o intuito de reduzir o impacto da defesa que irá impor no momento da ação de regresso para a restituição da quantia paga ao credor.

O interesse na certeza do ato impõe ao segurador a avaliação dos fatos envolvidos no inadimplemento ou inexecução do contratado. Em particular, imprime a noção de conveniência em participar do processo administrativo determinante da rescisão contratual, a aferição dos fatores condutores à decisão, como parte interessada diretamente interessada na disputa.

Essa atitude está longe de ser passiva e revela um aspecto fundamental: a disputa em torno da determinação dos fatos capazes de interferir na garantia, a impossibilidade de tratar o seguro garantia como um título executivo extrajudicial, considerando a expressão comumente utilizada de executar a apólice, eis que a expressão não apenas é incorreta, como a utilização desse rito processual será rechaçado de imediato.

Não se deve incorrer em pressuposto teórico incorreto, admitindo que o direito público seja em tudo semelhante ao direito privado e, dessa forma, submetido imediatamente aos ditames pertinentes aos contratos entre particulares. Mas, quando se trata de contratos de seguros, longe de se defini-los como administrativo ou de administração, constava da lei 8.666/93 a sua regência por normas de direito privado<sup>30</sup>.

Essa regra não se repetiu na lei 14.133/21. Ainda assim, não se divisa qualquer indicação de que normas de direito público possam transformar o seguro em título executivo. Logo, o acesso a essa garantia pressupõe a submissão da autoridade administrativa ao procedimento de regulação definido pelo segurador.

---

<sup>30</sup> Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (...)

§ 3º. Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja rígido, predominantemente, por norma de direito privado.

O Direito tem uma componente prática, operativa, destinada a disciplinar condutas e conduzir relações subjetivas em busca de resultados finalísticos<sup>31</sup>, com proveitos significativos e importantes para as partes envolvidas. A exigência de uma garantia perde o sentido se esta não tiver como fundamento o cumprimento da sua função precípua<sup>32</sup>. Decorre dessa premissa a necessidade de uma interpretação construtiva em busca da plena realização do objeto pretendido.

De fato, o objeto pretendido pode ser alcançado pela interposição de procedimentos distantes da mera análise sintática do texto, porquanto exige a integração de outros elementos básicos presentes no texto do contrato de seguro, na lei de licitações e nos processos administrativos.

Não importa a complexidade que se apresente, ao intérprete é fundamental a identificação do sentido e da estrutura do texto que propicie extrair um resultado útil e adequado, assumindo a premissa de que o legislador tinha o objetivo de solucionar um problema, de indicar o melhor caminho a seguir, de produzir uma solução inteligente para o tema<sup>33</sup>.

A lei não tem palavras inúteis, nem se admite que conduza a lugar inexistente, a uma inutilidade. Pelo contrário, o contexto exige uma saída que preserve o interesse público, permita um claro entendimento e a utilização racional dos conceitos expostos, dentre os quais o de garantia, o de seguro e o de preservação do objeto do contrato, fatores representativos da integração entre meio, mensagem e agentes comunicacionais que caracterizam o direito como sistema de comunicação<sup>34</sup>.

O ponto inicial corresponde à necessidade de comunicação, participação imediata dos indícios de inadimplemento ao segurador, notificando-o na mesma oportunidade em que tal atitude for adotada perante o contratado e, se possível, muito antes da decisão de instaurar um processo administrativo de rescisão contratual.

Há interesse do segurador em defender a conclusão do objeto do contrato, razão pela qual envidará esforços para dar continuidade à execução pelos meios disponíveis, dentre os quais se identifica a possibilidade de financiar o executante, caso a falta de recursos financeiros seja a causa determinante; realizar pagamentos diretamente aos fornecedores, se a falta de crédito for a causa do

---

<sup>31</sup> PACOBAHYBA, Fernanda Macedo. Dos Limites à Interpretação Jurídica: reflexões acerca do percurso gerativo de sentido no constructivismo lógico-semântico. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC, v. 26.1, jan./jun. 2016, p. 168-169.

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. XII – XIII.

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso. Teoria do Conhecimento Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 866-871. O autor se refere à hermenêutica constitucional sob a forma contextual, e embora o Texto Maior, tenha características singulares que exigem regras especiais, estas não deixam de servir a situações básicas de interpretação das leis, principalmente, se o interesse público está diretamente presente e pode ser afrontada por interpretações que não lhe preservem o sentido.

<sup>34</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. 3 Ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 164.

problema; contratar mão de obra especializada; prestar assessoria específica; rever os projetos executivos e instruções técnicas; dirimir dúvidas e conflitos entre os responsáveis e fiscais.

A atuação antes de configurado o conflito é a única forma de se obter o pleno resultado, representando clara composição do âmbito semântico da norma, em prol de uma experiência extraída da procura pelo resultado adequado, pragmático, finalístico.

## CONCLUSÕES

Teve-se como ponto de partida as premissas que orientam o direito administrativo, tendo no interesse público, na sua indisponibilidade e no respeito à constituição federal as pedras de toque do assunto desenvolvido no texto que trata das garantias previstas na lei de licitações públicas e as vantagens oferecidas pelo seguro garantia em relação às demais opções.

Numa análise inicial, há uma busca pelo real significado da exigência de garantia nos contratos com a administração, tendo por fundamento o fato de que se não o legislador, ao menos o intérprete, persegue sempre uma racionalidade própria do ordenamento jurídico, inclusive porque as normas se referenciam em normas superiores que lhes garantem o caráter de pertinência ao sistema, do ponto de vista formal e material.

Da incompletude normativa presente no artigo 96 da lei 14.133, instaura-se a perspectiva de decisão discricionária do agente competente quanto à exigência de alguma garantia. Entretanto, tendo definido que esta irá existir, a escolha de qualquer alternativa a ser oferecida cabe ao contratado.

Optando pelo depósito-caução, o contratado é obrigado a dispor do montante integral exigido no edital, normalmente, 5% do valor do contrato, percentual que está muito perto do seu próprio lucro e que o obriga a ter uma sobra de caixa razoável para poder atender à exigência ou de se valor de empréstimos bancários para suportar a exigência.

Da mesma forma, a aquisição de carta de fiança bancária também demanda a manutenção de um volume ainda maior de recursos aportados no banco. Ainda que os valores exigidos estejam aplicados na instituição financeira, são poucas as empresas que podem dar-se ao luxo de manter um volume razoável de ativos aplicados durante todo o tempo de duração de um contrato.

Quando se trata de fiança, a definição estabelecida na lei é para cartas apresentadas por instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central, não admitindo as cartas de fiança

fidejussórias, ou seja, aquelas providenciadas por empresas que se utilizam de nomes de bancos, normalmente em língua estrangeira, mas que não têm autorização de funcionar.

Em realidade, são empresas que se constituem como afiançadoras, constituindo capital para a subscrição de garantias em quaisquer situações em que os contratantes venham a aceitá-las.

O problema com essas garantias está na falta de controle. Não sabe quanto do capital social está tomado por fianças emitidas, não há um órgão responsável pelo controle de atuação, nem pela formação de reservas dessas empresas, as quais estão sujeitas ao procedimento de recuperação judicial e falência, diferente dos bancos e seguradoras que passam antes por um procedimento de intervenção, até a liquidação extrajudicial.

Além disso, bancos oficiais e seguradoras são fortemente controlados quanto à solvência, obedecendo regras estritas de formação de capital, constituição de reservas, nível de admitido de alavancagem, critérios de subscrição, controles de resseguro, além de proteção especial dos órgãos que se responsabilizam pelo controle.

A contratação do seguro por parte do garantido tem início muito antes da assinatura de contrato com a administração, eis que este realiza um cadastro para avaliação das condições socioeconômicas, fornece informações sobre a sua capacidade técnica de execução dos trabalhos previstos em sua atividade, apresenta o seu acervo técnico, a relação de equipamentos, o quadro de funcionários da área técnica, a relação de projetos que já concluiu.

Havendo a aprovação do cadastro, o segurador ainda irá exigir a assinatura de documento denominado contragarantia, pelo qual a empresa se responsabiliza pelo pagamento de qualquer indenização que venha a ser paga pelo segurador, oferecendo bens para penhora ou o compromisso de fiador fidejussório. Estes, em geral, são os próprios sócios da empresa que oferecem o seu patrimônio em garantia.

Terminado esse procedimento, o garantido tem à sua disposição um limite de garantia, com uma taxa definida e poderá apresentar apólices de garantia nos contratos que vier assinar.

Todo esse trâmite é conduzido por corretores de seguros e, salvo o trabalho com o fornecimento de dados, não há custos envolvidos.

Assim, para o contratado, a alternativa mais econômica é o seguro garantia, pois, irá pagar como prêmio uma importância muito inferior ao volume estipulado como garantia, com possibilidade de parcelamento.

O fato de poder negociar com várias seguradoras no mercado implica na possibilidade de procurar as melhores taxas e condições para viabilizar a garantia, razão pela qual o seguro garantia torna-se a opção que lhe possibilita preservar os ativos, além de oferecer liquidez para o contratante.

Sendo o direito formado a partir de relações intersubjetivas, a contratação com terceiros implica exatamente na formação de relações próprias, poliádicas, entre a administração e os administrados até a concretização do contrato que também configura uma relação, desta vez, biunívoca.

Como antecipado na legislação, tendo o edital exigido a apresentação de garantia, o contrato irá escolher entre as opções presentes na norma, constituídas pelo depósito-caução, pelo fiança bancária ou pelo seguro garantia.

O seguro tem vantagens importantes sobre as demais garantias, em particular, nos contratos vultosos, nos quais a atual legislação possibilita a retomada da obra pela seguradora que assina o contrato como interveniente anuente, com poderes especiais em relação ao objeto, podendo afastar o executante e substituí-lo, caso se constatem vícios supervenientes na execução.

Para tanto, o percentual de garantia se eleva a 30% do valor do contrato em contraposição aos 5% exigidos nos contratos tradicionais ou 10% naqueles empreendimentos complexos.

A definição de percentuais tão reduzidos acaba por dificultar a própria interpretação quanto ao motivo de se exigir garantia nos contratos, uma vez que os valores são insuficientes à retomada da obra em caso de inexecução pelo contratado e as soluções de indenização ou obrigação de execução específica não possibilitam, na maior parte das vezes, salvar o objeto do contrato, ainda mais quando este corresponde a uma obra pública.

Mesmo quando se trata de contrato versando sobre prestação de serviços, há imprevistos para os quais somente o seguro tem possibilidade de garantia imediata a partir da atuação do segurador, como nas reclamações trabalhistas e previdenciárias associadas à extinção de um contrato.

Tais situações exigem a negociação com os reclamantes, com os sindicatos e a negociação com o futuro prestador dos serviços para alocação da mão de obra, operações realizadas pelo segurador, interessado em reduzir ao máximo os prejuízos daí decorrentes.

O cuidado do segurador é determinado não apenas pelo interesse em reduzir o valor dos prejuízos, mas também de comprovar a legitimidade da reclamação e dos procedimentos

adotados, visando a posterior ação de regresso em face do causados dos danos, no caso, o contratado ou garantido, agora pelo instituto da sub-rogação de direitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. RT/Fasc. Civ. Ano 89, v.779 set. 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. Ed. 32. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Mandado de Segurança Contra Denegação ou Concessão de Liminar. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. vol. 11/2019,p. 441 – 449. Out - Dez / 2019.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Comissão de Obras Públicas Inacabadas. Relatório Final 1995: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4281076&ts=1596316390493&disposition=inline>.

CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. 3 Ed. São Paulo: Noeses, 2009.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 8 ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Editorial Gedisa.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Espaços no Direito Público: para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 142

\_\_\_\_\_. Teoria Jurídica da Liberdade. São Paulo: Contracorrente, 2015

\_\_\_\_\_. Políticas Públicas e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 152. jan./mar. 2018.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em Matéria Tributária. São Paulo: Noeses.

MUKAI, Toshio. O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 30-31.

NINO, Carlos Santiago. Introdução à Análise do Direito. Trad. Ilza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PACOBAYHA, Fernanda Macedo. Dos Limites à Interpretação Jurídica: reflexões acerca do percurso gerativo de sentido no constructivismo lógico-semântico. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC, v. 26.1, jan./jun. 2016.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. V. 7. Rio de Janeiro: 1947.

SILVA, José Afonso. Teoria do Conhecimento Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2014.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. São Paulo: Saraiva, 1989.



ASPECTOS PROCESSUAIS DOS CRIMES CONTRA A ORDEM  
TRIBUTÁRIA  
*PROCEDURAL ASPECTS OF TAX EVASION CRIME*

Antonio Carlos Lovato<sup>1</sup>

Beatriz Ribeiro Lopes Barbon<sup>2</sup>

Luiz Alberto Pereira Ribeiro<sup>3</sup>

RESUMO

A pesquisa busca investigar aspectos gerais e específicos do processo administrativo fiscal no âmbito federal, visando proporcionar efetividade aos seus procedimentos diante da ocorrência de crime contra a ordem tributária, tipificado pela Lei 8.137/90. Enfatiza-se a observância das exigências legais nos procedimentos para constituição do crédito tributário, especialmente nos casos em que for constatada eventual prática de crime, visto que, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário pacificado, somente com o processo administrativo encerrado e com o crédito constituído é que se admite propositura de ação penal. Para cumprir com o objetivo proposto, será utilizado o método analítico-descritivo junto à pesquisa bibliográfica e documental, analisando-se a legislação pertinente, obras e artigos científicos sobre o tema. Primeiramente, de maneira introdutória, são apresentados elementos básicos dos crimes contra a ordem tributária, essenciais para a configuração do tipo penal. Então, adentra-se ao exame do processo administrativo fiscal, suas formalidades e exigências, regido pelo Decreto-lei 70.235/72 e por portarias específicas. Abrangem-se também alguns aspectos jurisprudenciais relevantes a serem observados acerca da prescrição do crime e da condição objetiva da punibilidade. Ressalta-se significativa alteração legislativa em relação ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que impacta diretamente não apenas na efetividade do processo administrativo, mas também na repressão de crimes fiscais. Por fim, são tecidas considerações sobre o processo penal tributário. Dessa forma, os crimes contra a ordem tributária são abordados sintética e objetivamente, com especial enfoque em questões de ordem processual, trazendo à tona a importância do devido procedimento para sua apuração. Nesse ínterim, conclui-se que a devida observância técnica e legal confere efetividade ao processo administrativo, o qual constituirá lastro probatório sólido e requisito indispensável para propositura de ação penal.

**Palavras-chave:** Sonegação fiscal. Direito Penal Tributário. Processo administrativo fiscal.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Negocial – UEL – Professor de Direito Tributário e Financeiro – UEL. E-mail: lovatoadtributo@sercomtel.com.br

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Negocial pela UEL. Pós-graduanda em Filosofia Política e Jurídica pela UEL. Advogada.

<sup>3</sup> Doutor em Direito pela PUCPR. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Professor Adjunto do Curso de Direito da UEL. Professor Titular do Curso de Direito da PUCPR. Professor do Mestrado em Direito Negocial da UEL. Advogado.

## ABSTRACT

The research aims to investigate general and specific aspects of the tax administrative process at the federal level, seeking to provide effectiveness to its procedures, especially in cases of tax evasion crimes, as defined by Law 8.137/90. Emphasis is placed on compliance with legal requirements in the procedures for establishing tax liabilities, particularly in cases where the occurrence of a crime is detected, as it is widely understood in case law and doctrine that only after the completion of the administrative process and the establishment of the tax liability can a criminal action be initiated. To achieve the proposed objective, an analytical-descriptive method will be used, along with bibliographic and documentary research, analyzing relevant legislation, works, and scientific articles on the subject. Initially, basic elements of crimes against the tax order are presented in an introductory manner, which are essential for the configuration of the criminal offense. Then, an examination of the tax administrative process, its formalities, and requirements is conducted, governed by Decree-law 70.235/72 and specific regulations. Additionally, relevant jurisprudential aspects regarding the statute of limitations of the crime and the objective condition of punishment are addressed. Significantly, a legislative change related to the Administrative Council for Tax Appeals is highlighted, which directly impacts not only the effectiveness of the administrative process but also the repression of tax crimes. Finally, considerations are made regarding the tax criminal procedure. Therefore, crimes against the tax order are succinctly and objectively addressed, with a special focus on procedural issues, highlighting the importance of proper procedures for their investigation. It is concluded that the technical and legal compliance ensures effectiveness of the administrative process, which will provide solid evidentiary support and be an essential requirement for initiating a criminal action.

**Keywords:** Tax evasion. Tax Law. Criminal Law. Tax administrative proceeding.

## INTRODUÇÃO

A sonegação fiscal é um problema recorrente no Brasil, que inviabiliza a arrecadação de bilhões em tributos todos os anos, prejudicando a capacidade do Estado de investir em áreas essenciais e políticas públicas. Por isso, a constatação desse crime pelas autoridades competentes é de suma importância para que sua repressão seja célere e efetiva.

O processo administrativo tributário desempenha um papel fundamental no combate à sonegação fiscal, pois é por meio deste que se confirma a constituição do crédito tributário, formalizando a obrigação e dando certeza e liquidez ao crédito tributário. Somente assim, com o encerramento do processo administrativo, é possível a propositura de ação penal pelo Ministério Público quando constatada a ocorrência de crime contra a ordem tributária.

Nesse sentido, o objetivo desta pesquisa é analisar os aspectos gerais e específicos do processo administrativo fiscal no âmbito federal, com foco na legalidade e na efetividade de seus

procedimentos em casos de crimes contra a ordem tributária, tipificados pela Lei 8.137/90. Será demonstrado que o procedimento adequado, com a estrita observância legal e principiológica, proporciona mais efetividade na apuração do delito.

Através do método analítico-descritivo, realiza-se uma análise abrangente e sistemática dos aspectos processuais da sonegação fiscal, incluindo os requisitos legais para a constituição do crédito tributário, o papel do processo administrativo fiscal e suas implicações para a persecução penal. Com isso, a pesquisa objetiva proporcionar uma compreensão geral de questões processuais do crime de sonegação fiscal, lançando luz sobre suas implicações práticas e contribuindo para o esclarecimento sobre peculiaridades do tema, mas sem esgotá-lo.

Através de revisão bibliográfica e documental, além da legislação pertinente à matéria, primeiramente são analisadas questões processuais gerais relacionadas ao crime de sonegação fiscal, com ênfase na importância do procedimento administrativo para que não restem dúvidas acerca da constituição do crédito tributário, com transparência, diligência e observância aos princípios legais. Em seguida, serão examinadas as etapas e os requisitos necessários para a propositura da ação penal pelo Ministério Público e para aplicação do princípio da insignificância no crime. Também serão apresentadas questões pertinentes pacificadas pela jurisprudência, permitindo que se transmitam os pontos mais importantes sobre o processo administrativo fiscal e sobre o processo penal de maneira contextualizada com o cenário jurídico brasileiro contemporâneo.

Por fim, será possível perceber que a adequada condução dos procedimentos nos processos administrativo tributário e no processo penal é fundamental para assegurar a justiça fiscal, combater a sonegação fiscal e promover a arrecadação tributária necessária ao desenvolvimento socioeconômico do país.

## I. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

A administração pública padece com a recorrente falta de recursos e os contribuintes são massivamente onerados pela carga tributária brasileira. Enquanto isso, o crime de sonegação fiscal causa significativo prejuízo aos cofres públicos. Estima-se que por volta de quatrocentos bilhões de reais em tributos sejam sonegados por ano no Brasil<sup>4</sup>. É um valor expressivo que impacta direta e negativamente tanto a administração pública quanto o contribuinte, mas que poucas providências tem sido tomadas na repressão desse crime.

---

<sup>4</sup> BRANDÃO, Marcelo. Brasil perde R\$ 417 bi por ano com sonegação de impostos, diz estudo. Agência Brasil - Empresa Brasil de Comunicação (EBC), 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-12/brasil-perde-r-417-bi-por-ano-com-sonegacao-de-impostos-diz-estudo>>, acesso em 13 jun. 2023.

Antes de se analisar as peculiaridades do processo administrativo fiscal no caso de ocorrência de crime contra a ordem tributária, é relevante apresentar alguns conceitos e elementos básicos sobre o referido crime.

A Lei 8.137 de 1990 regula, em seus artigos 1º e 2º, o crime de sonegação fiscal, que se trata de espécie de crime fiscal. Além da sonegação, os crimes de descaminho (art. 334, do Código Penal) e sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, do Código Penal) também fazem parte do rol de crimes que lesam ao fisco. Esses delitos caracterizam-se pelo uso de meio ilícito – a fraude – para ocultar total ou parcialmente o fato gerador da obrigação tributária das autoridades fazendárias, a fim de que não seja constatado ou se constate parcialmente o nascimento da obrigação<sup>5</sup>. O conceito legal de fraude é definido pelo art. 72 da Lei 4.502/64.

Em se tratando da sonegação fiscal, crime em enfoque no presente artigo, o bem jurídico tutelado é a ordem tributária, isto é, o correto funcionamento de todo aparato estatal para a arrecadação de tributos - e não a arrecadação em si (que, logicamente, é tutelada indiretamente pelo tipo penal)<sup>6</sup>. O elemento material do crime é o tributo efetivamente devido, que o agente, de maneira dolosa, o reduz ou suprime, mediante as condutas descritas nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, que não admitem tentativa. Entretanto, Andreas Eisele<sup>7</sup> destaca que as condutas do art. 2º podem ser tentativas da prática de alguma das condutas do art. 1º, positivadas pelo legislador a fim de tutelá-las.

Feitas estas considerações iniciais, prossegue-se à análise do processo administrativo tributário, destacando as peculiaridades deste quando da ocorrência de crime contra a ordem tributária.

O processo administrativo fiscal é o instrumento pelo qual a administração pública oportuniza ao contribuinte o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos termos da Constituição Federal e da legislação pertinente. Neste, apuram-se os ilícitos tributários e penais tributários. Imperioso mencionar que procedimento e processo administrativo não são sinônimos. O procedimento administrativo é obrigatoriamente praticado pela autoridade fazendária a fim de se realizar o lançamento do tributo, enquanto o processo administrativo é contencioso e só se instaura com a manifestação do contribuinte, ao apresentar defesa questionando um lançamento tributário<sup>8</sup>.

Esclarecendo melhor, o procedimento é uma sequência de atos administrativos realizados pela autoridade de maneira ordenada, com a finalidade de se efetuar o lançamento. Essa fase é realizada de maneira unilateral e não contenciosa, em que o contribuinte deve tomar conhecimento sobre a obrigação tributária que nasce ali. Ciente, se o contribuinte não cumpre com a obrigação, a

<sup>5</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Crimes Contra a Ordem Tributária. São Paulo: Atlas, 2008, p. 327.

<sup>6</sup> MACHADO, op. cit., p. 328.

<sup>7</sup> EISELE, Andreas. Crimes Contra a Ordem Tributária. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 169.

<sup>8</sup> HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 800-801.

autoridade tem que lavrar um auto de infração. Diante disso, o contribuinte pode pagar a obrigação e ter seu crédito extinto ou impugnar o referido auto de infração, iniciando o processo administrativo, que possui caráter litigioso<sup>9</sup>.

O processo implica em uma relação de contraditório entre as partes, em que há um vínculo jurídico entre elas e entre os atos praticados nessa relação. Como bem explica Odete Medauar, “o processo administrativo caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito, todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração.”<sup>10</sup>

Em conformidade com a Constituição Federal, o processo administrativo observa os princípios que regem os processos judiciais, em especial quanto à ampla defesa e ao contraditório. O Decreto-lei 70.235/72 estabelece normas gerais sobre o processo administrativo no âmbito da administração federal. Apesar de editado durante o regime militar, permanece vigente em razão de alterações legislativas importantes em seu conteúdo, através das Leis 8.748/93 e 11.941/09, que reproduziram em seu texto os princípios do devido processo legal, servindo inclusive como parâmetro para os processos de âmbito estadual e municipal.

Já o Decreto-lei nº 7.574/11 rege o processo administrativo dos tributos administrados pela Receita Federal, que são: II, IE, IR, IPI, IOF, ITR, COFINS, PIS/PASEP, IPMF, CPMF, CIDE, CSLL, os tributos abrangidos pelo sistema SIMPLES Nacional adotado por pequenas empresas, as contribuições previdenciárias e eventuais empréstimos compulsórios.

Sucintamente, o processo administrativo tributário federal tem as seguintes fases até seu deslinde: primeiramente, ocorre um ato de ofício escrito praticado pela autoridade competente, cientificando-se o sujeito passivo da obrigação ou seu preposto. A apreensão de mercadorias, documentos ou livros ou o despacho aduaneiro de mercadoria importada também podem iniciar tal processo, de acordo com o art. 7º, I, II e III do Decreto-lei 70.235/72. A partir disso, a retificação da declaração de rendimentos fica vedada salvo autorização expressa da autoridade administrativa.

Assim que os atos fiscalizatórios se encerram e são apuradas as irregularidades, é lavrado o Auto de Infração, que possui alguns requisitos essenciais para sua validade a serem preenchidos pelas autoridades, elencados no art. 10 do referido dispositivo. Os principais são a descrição do fato que constituiu a infração, o dispositivo legal infringido, a penalidade aplicável, a determinação da exigência e a intimação do sujeito passivo para impugnar ou cumprir o Auto de Infração no prazo de 30 dias.

---

<sup>9</sup> HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 721.

<sup>10</sup> MEDAUAR, Odete. *Processo Administrativo*. In: *... Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 193.

A segunda fase se inicia com a apresentação de impugnação do lançamento, o que torna o processo litigioso<sup>11</sup>. Na impugnação, é facultado ao sujeito passivo ou seu preposto a vista dos autos para obtenção de informações úteis e, ainda, é possível requerer a produção de provas como perícias e a realização de diligências, nos termos do art. 16 do referido Decreto-lei. Caso o contribuinte, mesmo intimado, não apresente impugnação no prazo legal, ocorre revelia nesta fase. Mesmo assim, o processo permanece por mais 30 dias no órgão competente para que o contribuinte, querendo, cumpra com as exigências do auto de infração (art. 21). Caso ainda permaneça inerte, serão encaminhados os documentos necessários para que seja realizada inscrição em dívida ativa da União.

Apesar de alvo de discussões doutrinárias, é possível afirmar que o ônus da prova é do fisco quanto à constituição do fato gerador da obrigação tributária. Isso porque, segundo Paulo Barros de Carvalho, a lei institui a necessidade de que o ato administrativo seja fundamentado. Portanto, o fisco tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu em conformidade à previsão da hipótese normativa<sup>12</sup>.

O julgamento em primeira instância é feito pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento, e é regulado pelos artigos 27 a 31 do Decreto-lei. Os processos administrativos com indícios de ocorrência de crime tributário possuem prioridade na tramitação<sup>13</sup>. Proferida a decisão, caberá recurso total ou parcial, com efeito suspensivo, à segunda instância.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) realiza o julgamento em segunda instância de forma colegiada, composta por oito conselheiros, sendo quatro representantes da Fazenda Nacional e quatro representantes dos Contribuintes, conforme disposto em seu regimento interno regulado pela Portaria MF 343/2015, art. 37.

Até o fim de 2022, prevaleceu a alteração legislativa trazida Lei 13.988/20 em que, no caso de empate sobre o recurso apreciado, a decisão deveria ser necessariamente a favor do contribuinte, conforme disposto no art. 28 da referida lei, que acrescentou o art. 19-E na Lei 10.522/02:

Art. 19-E. Em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte (BRASIL, 2020).

O chamado "voto de qualidade" mencionado pelo diploma legal se refere ao voto de desempate realizado pelo presidente do órgão julgador, que é sempre um representante da Fazenda. Até janeiro de 2023, o voto de qualidade não se aplicava mais, porém, com a edição da Medida

<sup>11</sup> HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 723.

<sup>12</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *A prova no procedimento administrativo tributário*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 34, 1998, p. 107-108.

<sup>13</sup> Conforme art. 125, § 8º, II da Lei nº 9.430, de 1996.

Provisória 1.160, retomou sua aplicação. Acontece que, finda a vigência da medida sem aprovação do Congresso, o referido instituto foi novamente prejudicado, causando grande insegurança jurídica e a propositura de inúmeras ações buscando suspender julgamentos durante a vigência da MP 1.160.

À época, a extinção do voto de qualidade no Carf foi medida aprovada contrariando orientações dos Ministérios da Justiça e da Economia, tomada com a intenção de estimular a renegociação de dívidas tributárias com a União, em razão do cenário provocado pela pandemia do Covid-19. Foi uma importante alteração legislativa no que concerne ao julgamento de recursos, pois proporciona mais chances de vitória ao contribuinte, já que o Conselho não pode recorrer de decisões contrárias (afinal, o próprio órgão a proferiu). Com a mudança, sem o voto do representante da Fazenda, houve uma diminuição de vitórias da Receita Federal, o que impactou significativamente na arrecadação de tributos pela União.

Além dos pontos mencionados, o voto de qualidade impacta também na constatação de práticas de sonegação e corrupção, pois com a vitória do contribuinte no litigioso administrativo, o processo se encerrará e por conseguinte, uma eventual investigação por suspeita de prática de crime é prejudicada. Quando o artigo acerca da extinção do voto de qualidade foi sancionado, o Procurador-Geral da República apontou que poderia implicar em “décadas de retrocesso no combate à sonegação e à corrupção”<sup>14</sup>, pois ocasiona o encerramento da discussão sobre o crédito tributário mais cedo.

Por outro lado, sem o voto de qualidade, além da extinção de muitos processos administrativos, diminuiu a judicialização desses processos, além de dar mais margem às teses apresentadas pelos contribuintes.

Feitas essas considerações acerca das modificações legislativas, o Carf profere decisões as quais podem ser questionadas através de embargos de declaração (mesmo caso do processo civil, para decisões omissas ou que contenham obscuridades) ou recurso especial de divergência, para as Câmaras Superiores<sup>15</sup>. Não cabe pedido de reconsideração.

Para que o processo prossiga à Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme dispõe o art. 37, § 2º do Decreto-lei 70.235/72, é necessário que tenha sido proferida decisão com interpretação contrária a lei tributária vigente da que tenha dado outra Câmara, turma de Câmara, turma especial ou a própria Câmara Superior, dentro do prazo de 15 dias.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. PGR defende veto a artigo de medida provisória que prevê o fim de voto qualitativo no Carf. Disponível em <<https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-defende-veto-a-artigo-de-medida-provisoria-que-preve-o-fim-de-voto-qualitativo-no-carf>>, acesso em 18/04/2020.

<sup>15</sup> HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 805-806.

O contribuinte, ao ser autuado e concordar com as obrigações devidas constatadas pela autoridade, seja em razão de determinação por meio de processo administrativo esgotado ou por vontade própria, pode requerer e negociar o parcelamento dívida. Tal prática é perfeitamente admissível pela legislação tributária (art. 10 e seguintes da Lei 10.522/02 e Portarias Conjunta PGFN/RFB 15/2009, Portaria MF 520/2009) e comum entre contribuinte e órgãos fazendários, pois facilita o pagamento e aumenta as chances do crédito ser recebido integralmente. Ao fazê-lo, resta suspenso o direito do Ministério Público oferecer denúncia ou, se houver ação penal em curso, é suspensa junto à prescrição até o adimplemento total da obrigação. Caso o contribuinte pare de pagar, o órgão ministerial pode mover ação penal ou, caso esta já esteja em curso, prosseguirá de onde parou.

Para impedir a propositura de ação penal o contribuinte pode, ainda, pagar integralmente a obrigação antes do recebimento da denúncia, ensejando a extinção de sua punibilidade, como prevê a Lei 9.249/95 (que dispõe sobre o imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido e outras providências):

Art. 34 Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive assessórios, antes do recebimento da denúncia (BRASIL, 1995).

Tal possibilidade visa estimular o pagamento da obrigação tributária e evitar o prosseguimento da ação penal. Trata-se de uma espécie de arrependimento posterior do agente, pois repara o dano sobre o bem jurídico atacado<sup>16</sup>. Com o pagamento integral da dívida, inclusive das multas e juros incidentes, o agente terá direito à extinção de sua punibilidade.

## 2. REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

Dentro do processo administrativo, além dos procedimentos realizados e dos documentos lavrados mencionados no tópico anterior, a autoridade fazendária, ao constatar a ocorrência de crime contra a ordem tributária, deve lavrar um documento específico, chamado representação fiscal para fins penais (RFFP).

Essa constatação pode se dar no momento da realização do lançamento tributário ou durante a verificação dos documentos contábeis pertinentes, em que foi possível verificar a redução ou supressão de tributo por meio de quaisquer das condutas tipificadas nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90<sup>17</sup>. A RFFP é um documento essencial à propositura da ação penal, geralmente lavrado junto ao

<sup>16</sup> EISELE, Andreas. Crimes Contra a Ordem Tributária. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 106.

<sup>17</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Crimes Contra a Ordem Tributária. São Paulo: Atlas, 2008, p. 362.

auto de infração. Assim como este último, dá possibilidade ao contribuinte de impugná-lo, juntamente com os demais documentos lavrados pela autoridade administrativa.

Na representação fiscal para fins penais, são discriminados os dados do contribuinte (se for empresa, com os dados dos sócios, administradores ou gerentes e quaisquer outros que possam ser autores, coautores ou partícipes do delito), possíveis testemunhas que podem contribuir para a investigação do fato e a descrição dos fatos que configuram o ilícito penal junto de seu enquadramento legal<sup>18</sup>. A autoridade pode, ainda, impor multa agravada em até 150% sobre o valor do crédito, conforme art. 44 da Lei 9.430/96.

As exigências para a lavratura da representação fiscal para fins penais são disciplinadas pela Portaria nº 1.750/18 da Receita Federal do Brasil. A mesma não abrange as Receitas dos Estados, porém estes podem e geralmente se baseiam nas diretrizes e procedimentos da Receita Federal.

Este dispositivo estabelece os procedimentos a serem tomados pelas autoridades ao lavrar a representação fiscal para fins penais sempre que identificarem indícios de prática de crime contra a ordem tributária. Entretanto, o problema dessa determinação - regulada por uma Portaria ao invés de lei - é que nem sempre o dolo, elemento subjetivo do tipo, está evidentemente presente na conduta do contribuinte autuado. As informações coletadas nesse momento do processo administrativo podem ser insuficientes para comprovar a prática do delito.

Em razão disso, a Portaria 1.750 também determina que a representação seja remetida ao Ministério Público Federal para que investigue os fatos por si ou requeira à autoridade policial. Quando houverem fundados indícios de materialidade e autoria do crime, o MPF oferecerá denúncia após findo o processo administrativo.

Diante da importância da RFFP, é discutido na doutrina o valor probatório da representação fiscal para fins penais. Teria força esse documento para comprovar a prática delitiva e a autoria do delito de sonegação fiscal por si só? Ou seria apenas suporte indispensável ao Ministério Público para iniciar investigações a respeito dos fatos, ficando encarregado de mover ou não ação penal contra as pessoas físicas envolvidas?

É certo que os documentos produzidos por autoridades da administração pública, assim como seus todos os seus atos, são eivados de presunção de legitimidade e veracidade. Entretanto, em casos mais complexos, se faz necessária investigação mais aprofundada sobre as pessoas físicas apontadas como responsáveis pelo crime e também sobre a situação que se encontra a pessoa jurídica a qual foram imputados os fatos. Caso contrário, baseada exclusivamente na representação fiscal para fins penais, a denúncia pode ficar genérica, sem a necessária especificação

---

<sup>18</sup> Conforme art. 5º da Portaria RFB nº 1750, de 2018.

dos fatos imputados a cada autor<sup>19</sup>. Além disso, é necessário deixar clara a presença do dolo nas condutas dos agentes, o que nem sempre pode ser comprovado apenas pelo referido documento lavrado pela autoridade fazendária.

Porém, legalmente falando, não há óbice para o oferecimento de denúncia com base exclusivamente na representação para fins penais, desde que o processo administrativo tenha sido devidamente conduzido e encerrado, além de preenchidos os requisitos para que a denúncia seja considerada apta (art. 41 do Código de Processo Penal).

Assim, se faz crucial que o Ministério Público, antes do oferecimento de denúncia, considere a análise do processo administrativo, das condutas típicas, e da pessoa física ou jurídica que supostamente cometeu o crime, para que forme sua convicção e angarie provas robustas sobre os indícios de materialidade e autoria<sup>20</sup>.

Desta forma, parece mais condizente com as garantias constitucionais e com o devido processo legal que, ao ser remetido ao Ministério Público os autos do processo administrativo, já concluídos, este requeira a instauração de inquérito policial para apuração dos fatos com mais rigor. Com isso, não se defende que a representação fiscal para fins penais não seja documento legítimo para a verificação do ilícito penal, porém, se faz imperiosa a cautela das autoridades ao lavrar tal documento, buscando averiguar a presença do dolo, ao menos genérico, na conduta do agente<sup>21</sup>. Tal medida é de relevante pois a RFFP acarreta não só a ciência do *Parquet*, mas também a aplicação de multas expressivas ao contribuinte, que é intimado para pagá-las junto com a obrigação.

Além disso, importante mencionar que a Portaria 1.750, em seu art. 16, permite que a autoridade, ao verificar a prática de quaisquer dos crimes fiscais previstos pela mesma (dentre eles crimes contra a ordem tributária), disponibilize no site da Receita Federal informações constantes nas representações fiscais para fins penais enviadas ao MPF:

Art. 16. A RFB divulgará, em seu sítio na Internet, as seguintes informações relativas às representações fiscais para fins penais, após o seu encaminhamento ao MPF:

I - número do processo referente à representação;

II - nome e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) dos responsáveis pelos fatos que configuram o ilícito objeto da representação fiscal para fins penais ;

III - nome e número de inscrição no CNPJ das pessoas jurídicas relacionadas ao ato ou fato que ensejou a representação fiscal para fins penais;

IV - tipificação legal do ilícito penal objeto da representação fiscal para fins penais; e

<sup>19</sup> EISELE, Andreas. Crimes Contra a Ordem Tributária. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 237.

<sup>20</sup> EISELE, op. cit., p. 238.

<sup>21</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Crimes Contra a Ordem Tributária. São Paulo: Atlas, 2008, p. 357.

V - data de envio ao MPF<sup>22</sup>.

O parágrafo segundo estabelece as formas que os dados podem ser removidos do site da Receita Federal:

§ 2º As informações relativas às representações fiscais para fins penais serão, no todo ou em parte, excluídas da lista a que se refere o § 1º nas seguintes hipóteses:

I - quando o crédito tributário a que se refere o processo de representação for extinto, inclusive mediante quitação de parcelamento;

II - quando, por decisão administrativa ou judicial, a pessoa deixar de ser considerada responsável ou corresponsável pelo fato que, em tese, configura o ilícito penal objeto da representação; ou

III - por determinação judicial.

§ 3º Quando ocorrer extinção integral do crédito tributário a que se refere o inciso I do § 2º ou extinção da punibilidade relativa ao ilícito penal objeto da representação, cabe à pessoa contra a qual a representação fiscal para fins penais foi formalizada solicitar a exclusão das informações<sup>23</sup>.

No inciso II fica claro que os dados expostos não são devidamente comprovados e seus possíveis autores ainda não tiveram condenação por crime transitada em julgado. Mas, mesmo assim, divulga-se a informação de que determinado contribuinte sonegou tributos. Tal prática é no mínimo contestável, pois pode ser considerada um afronte ao princípio constitucional da presunção de inocência, dado que o contribuinte é exposto publicamente como “sonegador” sem que haja condenação em definitivo.

Por fim, em relação ao arquivamento dos autos, este só pode ocorrer mediante o pagamento integral da obrigação ou por extinção por decisão administrativa, como determinado expressamente pelo art. 10, § 2º da referida Portaria da RFB:

§ 2º Na hipótese prevista no caput, se o crédito tributário correspondente ao ilícito penal for integralmente extinto por decisão administrativa ou pelo pagamento, os

---

<sup>22</sup> BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Portaria n. 1.750, de 12 de novembro de 2018. Dispõe sobre representação fiscal para fins penais referente a crimes contra a ordem tributária, contra a Previdência Social, e de contrabando ou descaminho, sobre representação para fins penais referente a crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional ou contra administração pública estrangeira, de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos e de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, e sobre representação referente a atos de improbidade administrativa. Diário Oficial da União: seção 1, página 57, Brasília, DF, 14 nov. 2018.

<sup>23</sup> BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Portaria n. 1.750, de 12 de novembro de 2018. Dispõe sobre representação fiscal para fins penais referente a crimes contra a ordem tributária, contra a Previdência Social, e de contrabando ou descaminho, sobre representação para fins penais referente a crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional ou contra administração pública estrangeira, de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos e de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, e sobre representação referente a atos de improbidade administrativa. Diário Oficial da União: seção 1, página 57, Brasília, DF, 14 nov. 2018.

autos da representação, juntamente com cópia da respectiva decisão administrativa, deverão ser arquivados<sup>24</sup>.

Ao ser arquivado administrativamente, o Ministério Público deve ser comunicado imediatamente do feito para que também arquive as investigações, ou seja requerida a extinção da punibilidade do réu caso haja ação penal em curso. Isso porque, extinto ou não existente o crédito tributário, elemento material do crime, não há conduta típica<sup>25</sup>.

### 3. AÇÃO PENAL E SUAS PARTICULARIDADES

Prosseguindo à ação penal, esta será pública incondicionada para todos os crimes da Lei 8.137/90. Isso quer dizer que o Ministério Público pode, de maneira independente, propor ação penal se houver indícios suficientes de autoria e prova de existência do fato criminoso, além do prévio esaurimento do processo administrativo.

A via administrativa é essencial para apuração do cometimento do delito, pois é através dela que o elemento essencial do tipo, isto é, o tributo, é devidamente constituído<sup>26</sup>. Como já dito anteriormente, para a configuração do delito, é necessário que o tributo seja devido, tenha sido lançado e tenha sido efetivamente reduzido ou suprimido pelo agente dolosamente. Feito o lançamento, com a devida notificação do sujeito passivo, decorrido todos os prazos e esgotados todos os recursos cabíveis, com trânsito em julgado do processo administrativo, estará definitivamente constituído o crédito, se tornando exigível pela fazenda pública.

É totalmente válida a discussão em torno da obrigação tributária durante o processo administrativo, em que o contribuinte tem o direito de impugnar o auto de infração e as decisões proferidas até o esgotamento da via administrativa. Só então, com a certeza de que a obrigação é devida e que houve conduta tipificada pela lei 8.137/90, será admissível a propositura de ação penal ou carecerá o órgão ministerial de justa causa para o feito<sup>27</sup>.

Assim, somente após encerrado o processo administrativo e constituída a obrigação tributária em que haja apuração de crime fiscal, é que poderá ser oferecida a denúncia pelo Ministério Público. É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, já consolidado através da Súmula Vinculante nº 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.”

---

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit.

<sup>25</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Crimes Contra a Ordem Tributária. São Paulo: Atlas, 2008, p. 362.

<sup>26</sup> MACHADO, op. cit., p. 365.

<sup>27</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Crimes Contra a Ordem Tributária. São Paulo: Atlas, 2008, p. 373.

A referida súmula não deixa dúvidas em relação à necessidade do esgotamento da via administrativa, que tem como base as garantias constitucionais referentes ao devido processo legal. O seguinte trecho jurisprudencial da Suprema Corte explica bem a questão:

2. Só se verifica o implemento da condição objetiva de punibilidade em relação ao crime de natureza material (art. 1º da Lei 8.137/90) quando constituído definitivamente o crédito tributário – vale dizer, após preclusa a via administrativa na qual se discutem a efetiva supressão ou redução e o seu montante<sup>28</sup>.

Conforme exposto, a constituição em definitivo do crédito tributário não se trata de mera disposição, mas uma condição objetiva de punibilidade do crime de sonegação fiscal.

No tocante à prescrição do crime, é válido ressaltar que só se inicia após o encerramento do processo administrativo. Durante o período de impugnação à obrigação, se ocorrido o crime, a prescrição da pretensão punitiva estatal permanece suspensa e só começa a contagem a partir da data do lançamento definitivo do tributo, consolidada ao fim do processo administrativo. Essa questão também é entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, exemplificado no trecho jurisprudencial abaixo, de agravo regimental no Recurso Extraordinário:

[...] 2. Ainda que assim não fosse, segundo o entendimento da Corte, a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição. Esse entendimento encontra-se cristalizado no enunciado Súmula Vinculante nº 24 da Corte. 3. É ilógico permitir que a prescrição seguisse seu curso normal no período de duração do processo administrativo necessário à consolidação do crédito tributário. Se assim fosse, o recurso administrativo, por iniciativa do contribuinte, serviria mais como uma estratégia de defesa para alcançar a prescrição com o decurso do tempo do que a sua real finalidade, que é, segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, propiciar a qualquer cidadão questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório de determinado tributo<sup>29</sup>.

No trecho citado, o ministro relator do referido agravo regimental, Dias Toffoli, explica bem a questão do início da prescrição. Não faria sentido que a prescrição corresse normalmente enquanto no processo administrativo não tenha havido decisão definitiva por parte da autoridade competente, pois o momento de consumação do crime é o lançamento definitivo do crédito tributário. Somente a partir disso a conduta é efetivamente punível.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação n. 31.194/RS. Relator: Ministro Roberto Barroso, 29 nov. 2019. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751633009>>, acesso em 10 jun. 2023.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.031.806. Relator: Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, 30 jul. 2017. Diário de Justiça Eletrônico n. 177 de 14 ago. 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1265>>, acesso em 10 jun. 2023.

Além disso, se a prescrição corresse normalmente enquanto tramita o processo administrativo tributário, provavelmente parte dos contribuintes seriam incentivados a impugnar decisões visando apenas protelar o máximo possível a constituição definitiva da obrigação. E ainda, dependendo da complexidade dos lançamentos realizados, o processo administrativo pode ter longa duração naturalmente. Com isso, transcorreria parte significativa do lapso temporal prescritivo do crime e, até o fim da ação penal, sua punibilidade poderia ser fulminada pela prescrição.

No que tange à existência de ação cível sobre a mesma obrigação tributária em que o agente é denunciado por crime contra ordem tributária, esta não possui o condão de impedir o oferecimento de denúncia<sup>30</sup>. Por mais que, numa ação cível o contribuinte possa demonstrar, mesmo após findo o processo administrativo, que a obrigação não é devida ou que os valores por ele apresentados estão corretos – isto é, que não houve redução de tributo – a ação penal pode se iniciar ou prosseguir normalmente. Somente nos casos de vitória do contribuinte na ação cível será possível o trancamento da ação penal e posterior extinção da punibilidade.

Encerrado o processo administrativo e constituída a obrigação tributária em que haja apuração de crime fiscal, será oferecida denúncia, que nesse tipo de crime possui algumas singularidades. A primeira delas é em relação à indicação da autoria do fato. Como exposto anteriormente, a autoridade, ao lavrar representação fiscal para fins penais, indica as possíveis pessoas físicas que podem ser autoras do delito, pois geralmente o contribuinte é pessoa jurídica. Então, faz a representação em nome dos sócios, administradores ou outros cargos que possam ser responsáveis pela autoria fato. A partir dessas pessoas físicas indicadas, o *Parquet*, seja com base nas informações levantadas por meio de inquérito policial ou exclusivamente por seu convencimento, pode denunciar aqueles que se têm indícios suficientes de autoria. Porém, como bem observa Eisele<sup>31</sup>, pode ser de extrema dificuldade identificar de maneira específica e detalhada cada conduta praticada por cada agente na empresa. Nesses casos, o autor defende que o órgão ministerial deve demonstrar, ao menos, que o denunciado possui o domínio do fato, atuação direta na execução de uma parte das condutas, ou a existência do acordo de vontades e colaboração recíproca entre os agentes para a prática delitiva.

Portanto, não há óbice para oferecimento de denúncia caso ainda não seja possível distinguir cada uma das condutas praticadas por cada agente ou a medida de sua culpabilidade, mas é imprescindível que a acusação permita aos denunciados saberem exatamente quais fatos lhe são imputados, para que exercitem seu direito de defesa<sup>32</sup>. A peça acusatória não pode denunciar genérica e impessoalmente os agentes, sem delimitar os fatos e as condutas imputadas, mas deve descrever a razão da inclusão de cada acusado como autor, coautor ou partícipe do crime.

---

<sup>30</sup> EISELE, Andreas. Crimes Contra a Ordem Tributária. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 243.

<sup>31</sup> EISELE, Andreas. Crimes Contra a Ordem Tributária. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 237.

<sup>32</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 675.

O recebimento da denúncia deve observar os requisitos de autoria mencionados e o processo administrativo, se devidamente encerrado. Após, serão os réus intimados para apresentarem resposta à acusação e, mantido o recebimento da denúncia, será agendada audiência de instrução e julgamento. Tais atos são previstos pelo CPP a todos os crimes submetidos ao procedimento comum ordinário, que é o rito processual aplicável aos crimes contra a ordem tributária.

A audiência de instrução e julgamento é momento oportuno para se esclarecer a função de cada indivíduo na empresa, caso o crime tenha sido cometido por pessoa jurídica. Com as informações colhidas nesse ato, através de depoimentos de testemunhas e interrogatório dos réus, a atuação de cada agente no crime pode ser esclarecida, demonstrando quem são os reais autores, coautores e partícipes - imprescindível para posterior individualização da pena de cada um em caso de condenação.

Aliás, em relação às penas previstas para os crimes dos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90, ambas preveem pena de multa cominada à privativa de liberdade. É devido mencionar que podem ser aplicadas tanto penalidades administrativas quanto a multa penal em conjunto, porque as condutas ofendem tanto normas tributárias quanto normas penais. Isso significa que o agente pode ser multado administrativa e penalmente. Ambas as sanções podem ser aplicadas sem incidirem em *bis in idem* porque tem finalidades e origens diferentes. Por esse mesmo motivo, não existe possibilidade de compensação entre as penas<sup>33</sup>.

#### 4. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

O princípio da insignificância, em síntese, tem como base a irrelevância penal do fato típico, por atingir o bem jurídico tutelado de maneira ínfima. Tem como requisito as seguintes condições para ser aplicado: a mínima ofensividade da conduta, a inexistência de periculosidade social do ato, o reduzido grau de reprovabilidade do fato e a inexpressividade da lesão provocada<sup>34</sup>.

Esse princípio é aplicável aos crimes tipificados na Lei 8.137/90, tomando como base o montante suprimido ou reduzido. O valor máximo de tributos sonegados que se pode considerar como lesão insignificante à ordem tributária é de vinte mil reais. Esse teto é autorizado pela Lei 10.522/02 em seu art. 20, que preceitua:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, por meio de requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos em dívida ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela

<sup>33</sup> EISELE, Andreas. Crimes Contra a Ordem Tributária. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 97.

<sup>34</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 124.

cobrados, de valor consolidado igual ou inferior àquele estabelecido em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional<sup>35</sup>.

A definição do referido valor foi estipulada pela Procuradoria da Fazenda Nacional ao verificar a viabilidade de propositura de ação de execução contra seus devedores, levando em conta os custos do processo e o tempo levado para se conseguir o pagamento do crédito. Com base nisso, foi publicada a Portaria nº 75, de 2012, que define em seu art. 2º:

Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não ocorrida a citação pessoal do executado ou não conste dos autos garantia útil à satisfação do crédito<sup>36</sup>.

Esse mesmo valor é também considerado para fins de aplicação do princípio da insignificância nos crimes fiscais (inclusive de descaminho), com fundamento em que, se nem a Fazenda deseja executar montante inferior a vinte mil reais, no âmbito penal não faria sentido considerar valor menor que o estipulado como danoso à coletividade, pois o Direito Penal é *ultima ratio*<sup>37</sup>.

Esse entendimento veio se consolidar apenas em março de 2018, quando o STJ revisou o Tema 157 dos recursos repetitivos com os Recursos Especiais de nº 1.688.878 e 1.709.029, cuja tese foi assim firmada:

Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20 mil a teor do disposto no artigo 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> BRASIL. Lei 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 jul. 2002.

<sup>36</sup> BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Portaria n. 1.750, de 12 de novembro de 2018. Dispõe sobre representação fiscal para fins penais referente a crimes contra a ordem tributária, contra a Previdência Social, e de contrabando ou descaminho, sobre representação para fins penais referente a crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional ou contra administração pública estrangeira, de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos e de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, e sobre representação referente a atos de improbidade administrativa. Diário Oficial da União: seção 1, página 57, Brasília, DF, 14 nov. 2018.

<sup>37</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 124.

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência - seção Precedentes Qualificados, 2018. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=157&cod\\_tema\\_final=157](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=157&cod_tema_final=157)>, acesso em 10 mai. 2023.

Em suma, o referido princípio é aplicável quando o montante sonegado, descontados juros e multa, por não fazerem parte da obrigação principal, não ultrapassa o valor taxativo de vinte mil reais. Porém, o princípio da insignificância não é aplicável nos casos de reiteração da conduta pelo agente, desde que haja condenações transitadas em julgado sobre o mesmo crime.

Destarte, mesmo quando se verificar montantes sonegados inferiores ao valor estipulado pela Fazenda, a representação fiscal para fins penais deverá ser lavrada pela autoridade competente. Porém, ao recebê-la, o Ministério Público pode requerer o arquivamento das investigações ou mesmo assim oferecer denúncia, porque não há óbice legal para tanto, visto que o entendimento é jurisprudencial e a lei que estabelece o limite é de matéria exclusivamente tributária. Nesse caso, caberá à defesa apresentar a tese, que pode suceder em absolvição sumária do agente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição do crime de sonegação fiscal apresenta particularidades em relação a outros crimes, uma vez que está diretamente ligada ao Direito Tributário e seus institutos. No contexto brasileiro, a importância da observância da legalidade nos procedimentos adotados no processo administrativo tributário é fundamental para assegurar a celeridade, legitimidade e eficácia na constituição do crédito tributário.

Essa abordagem adequada no processo administrativo permite estabelecer um lastro probatório sólido para a propositura da ação penal, que exige o exaurimento da via administrativa como requisito para oferecimento de denúncia. Nesse ínterim, os processos administrativo e penal, com suas exigências legais, juntamente com entendimentos jurisprudenciais consolidados, garantem o exercício da ampla defesa e do contraditório ao contribuinte em todas as suas fases. Todos estes elementos são essenciais para o cumprimento dos preceitos constitucionais a respeito do devido processo legal e os princípios que o permeiam.

Ao garantir a celeridade e a legitimidade no processo administrativo tributário, assegura-se a constituição do crédito tributário, tendo oportunizado ao contribuinte o pleno exercício do contraditório em todas as fases do processo. Essa abordagem sólida e transparente na condução do processo administrativo proporciona uma base de provas robusta, resultando em maior celeridade e efetividade na repressão desse crime no país.

Nesse ínterim, conclui-se que o crime de sonegação fiscal no Brasil acarreta grandes prejuízos ao Estado. Devido às suas peculiaridades e às diversas exigências legais para que seja oferecida denúncia e ocorra a condenação, é essencial que as autoridades observem os requisitos

legais, respeitem princípios e atuem de forma transparente e eficaz ao conduzir o processo administrativo.

Portanto, é fundamental que as autoridades atuem de forma diligente, seguindo os requisitos legais e respeitando os princípios processuais. Dessa forma, será possível fortalecer a luta contra a sonegação fiscal, promover a justiça fiscal e contribuir para a construção de um ambiente socioeconômico mais equitativo e próspero para a sociedade brasileira como um todo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Marcelo. Brasil perde R\$ 417 bi por ano com sonegação de impostos, diz estudo. Agência Brasil - Empresa Brasil de Comunicação (EBC), 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-12/brasil-perde-r-417-bi-por-ano-com-sonegacao-de-impostos-diz-estudo>>, acesso em 13 jun. 2023.

BRASIL. Decreto-lei 70.235, de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 7 mar. 1972.

BRASIL. Lei 13.988, de 14 de abril 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 14 abr. 2020.

BRASIL. Lei 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 jul. 2002.

BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 27 dez. 1995.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 27 dez. 1990.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. PGR defende veto a artigo de medida provisória que prevê o fim de voto qualitativo no Carf. Disponível em <<https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-defende-veto-a-artigo-de-medida-provisoria-que-preve-o-fim-de-voto-qualitativo-no-carf>>, acesso em 18/04/2020.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Portaria n. 1.750, de 12 de novembro de 2018. Dispõe sobre representação fiscal para fins penais referente a crimes contra a ordem tributária, contra a Previdência Social, e de contrabando ou descaminho, sobre representação para fins penais referente a crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional ou contra administração pública estrangeira, de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos e de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, e sobre representação referente a atos de improbidade administrativa. Diário Oficial da União: seção 1, página 57, Brasília, DF, 14 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência - seção Precedentes Qualificados, 2018. Disponível em:

⟨[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=157&cod\\_tema\\_final=157](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=157&cod_tema_final=157)⟩, acesso em 10 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.031.806. Relator: Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, 30 jul. 2017. Diário de Justiça Eletrônico n. 177 de 14 ago. 2017. Disponível em: ⟨<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1265>⟩, acesso em 10 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação n. 31.194/RS. Relator: Ministro Roberto Barroso, 29 nov. 2019. Disponível em: ⟨<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751633009>⟩, acesso em 10 jun. 2023.

CARVALHO, Paulo de Barros. A prova no procedimento administrativo tributário. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 34, 1998. p. 107-108.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

EISELE, Andreas. Crimes Contra a Ordem Tributária. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. Crimes Contra a Ordem Tributária. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDAUAR, Odete. Processo Administrativo. In: \_\_\_\_\_ . Direito Administrativo

Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE  
HIPERMODERNA*PRIVACY AND PERSONAL DATA PROTECTION IN A  
HYPERMODERN SOCIETY*Micaela Mayara Ribeiro<sup>1</sup>Zulmar Antonio Fachin<sup>2</sup>

**RESUMO:** A pesquisa aborda a abdicação do direito à privacidade pelas pessoas, em nome de aceitação na sociedade hipermoderna. Viver em sociedade no século XXI tornou-se algo difícil, sem alguma tecnologia, sobretudo sem redes sociais. A exposição da vida privada para comunicar-se com o outro e ser aceito em determinada comunidade fez com que o conceito de privacidade deixasse de ser o mesmo tradicionalmente existente. O trabalho tem por objetivo sustentar que a privacidade se modificou ao longo dos anos e não tem mais o mesmo conceito, considerando que a atual da sociedade da informação está conectada a todo o momento e produzindo dados pessoais que podem colaborar para a violação da privacidade. Considera-se que a tecnologia torna praticamente impossível a proteção integral da privacidade e induz as pessoas a abdicarem de tal direito sem sequer perceberem. Essa falta de percepção se deve ao fenômeno da hipermodernidade, a ideia de excesso e imediatismo, que o hoje é importante e que gera estresse e impaciência. Para a realização da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, buscando informações em livros, artigos científicos, legislação e demais documentos aptos ao desenvolvimento do estudo. Os resultados da pesquisa indicam que as tecnologias influenciam diretamente as pessoas, induzindo-as ao consumo constante para se igualarem aos integrantes de determinados grupos sociais, afirmando o posicionamento de Lipovetsky de que o mercado faz apologia no curto prazo e a pressão está sobre o presente, induzindo a crença de que não vale a pena se preocupar com o futuro.

**Palavras-Chave:** Consumo. Dados pessoais. Hipermodernidade. Privacidade. Redes sociais.

**ABSTRACT:** The research addresses the abdication of the right to privacy by people, in the name of acceptance in hypermodern society. Living in society in the twenty-first century without some technology has become difficult, especially without social networks. The exposure of private life to communicate with others and will be accepted in a certain community has

<sup>1</sup> Mestranda em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Pós-graduada em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados pela Escola Brasileira de Direito. Graduada em Direito pela UniCesumar. Bolsista CAPES. Advogada. E-mail: micaela-mayara@hotmail.com. ORCID - 0000-0002-6881-2748.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Mestre em Direito pela UEL. Mestre em Ciência Política pela UEL. Bacharel em Direito pela UEM. Licenciado em Letras pela UniCesumar. Professor na UEL. Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. E-mail: zulmarfachin@uol.com.br. ORCID - 0000-0001-5514-5547.

made the concept of privacy no longer the same as traditionally existing. The work aims to maintain that privacy has changed over the years and no longer has the same concept, considering that the current information society is connected at all times and producing personal data that can contribute to the violation of privacy. It's considered that technology makes it practically impossible to protect privacy and induces people to abdicate such a right without even realizing it. This lack of perception is due to the phenomenon of hypermodernity, the idea of excess and immediacy, the today is what is important and that generates stress and impatience. To carry out the research, the deductive method was used, seeking information in books, scientific articles, legislation and other documents suitable for the development of the study. The results of the research indicate that technologies directly influence people, inducing them to constant consumption to match the members of certain social groups, affirming Lipovetsky's position that the market makes apology in the short term and the pressure is on the present, inducing the belief that it's not worth worrying about the future.

**Keywords:** Consumption. Personal data. Hypermodernity. Privacy. Social networks.

## INTRODUÇÃO

Tornou-se comum ouvir que a tecnologia transformou a sociedade e foi a responsável por sua evolução em muitos aspectos. No entanto, os vieses que surgem paralelamente ao progresso tecnológico são ignorados, sobretudo quando envolvem direitos da personalidade. A manipulação informacional e outros tipos de indução ao consumo pelo mercado fazem com que as pessoas deixem de agir por vontade própria, ainda que acreditem que possuem completa liberdade de escolha e estão agindo com completa autonomia.

Ingressar e permanecer como membro de determinado grupo da sociedade exige, muitas vezes, que os indivíduos abram mão de crenças e opiniões para se adequarem ao padrão exigido por uma classe específica. Em alguns casos, a abdicção é nítida. Em outros, a renúncia é tão sutil quanto raios ultravioletas em dias nublados, que queimam a pele aos poucos, quase que de forma imperceptível.

A pesquisa tem por objetivo geral identificar a situação da garantia ao direito à privacidade e a proteção de dados pessoais em uma sociedade hipermoderna. Os objetivos específicos são: compreender, no geral, a sociedade hipermoderna, a situação dos direitos da personalidade no século XXI e a possibilidade de proteção de dados pessoais e da privacidade nas redes sociais.

O problema de pesquisa foi formulado a partir da seguinte questão: é possível manter hígido o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais em uma sociedade hipermoderna influenciada pelas redes sociais e induzida ao consumo irresponsável?

O estudo considera a hipótese de que a sociedade atual, embora identificada como sociedade da informação, na realidade, pode ser conceituada como “sociedade da desinformação”, uma vez que é manipulada e induzida a agir como o mercado espera, principalmente por força da tecnologia, que invadiu o cotidiano das pessoas.

Para a realização do estudo foi utilizado o método dedutivo, com a busca de informações em livros, artigos científicos, legislação e demais documentos aptos ao desenvolvimento da pesquisa. O artigo está dividido em quatro partes, além da presente introdução e da conclusão. No primeiro capítulo, buscar-se-á desenvolver as características e os pontos importantes sobre a sociedade hipermoderna, sob o conceito e o entendimento de Gilles Lipovetsky. Referida acepção de sociedade tem por característica principal o imediatismo e a compressão do tempo. É, basicamente, uma sociedade movida pelo consumo.

A segunda parte buscará destacar quais são os principais direitos da personalidade no século XXI. Muito embora o direito à privacidade esteja expressamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental e da personalidade, não pode ser considerado o mesmo ao longo dos anos, tendo em vista que as redes sociais induzem, muitas vezes, a sua abdicação pelas pessoas.

A terceira parte dispõe sobre a positivação do direito à proteção de dados pessoais e sua relação com o direito à privacidade, especialmente nas redes sociais. Pretende-se analisar se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) teve influência positiva sobre a proteção de ambos os direitos fundamentais e da personalidade. Por fim, a quarta parte traz a relação da série *Black Mirror* com a hipermodernidade, destacando a importância de levar conhecimento às pessoas sobre a privacidade, a proteção de dados e a dignidade humana no contexto da tecnologia.

A pesquisa infere que a evolução da sociedade foi muito súbita quando se trata de tecnologia e uma enorme parcela da população não possui maturidade para lidar com tantas informações recebidas a todo o momento. Com isso, a manipulação pelo mercado se torna imperceptível pelos indivíduos que não se dão conta de que grande parte do consumo realizado por eles não é totalmente autônomo, mas sim fruto de manipulação, sobretudo com o auxílio das redes sociais.

## I A SOCIEDADE HIPERMODERNA E OS DESAFIOS DO SÉCULO XXI

É nítido que a sociedade está em constante mudança. Não é necessário retornar muito no tempo para identificar algumas das diferenças entre as sociedades precedentes e a atual. Entre todas elas, as que mais se destacaram e foram objetos de estudos por consideráveis sociólogos e filósofos ao longo da história são a modernidade, a pós-modernidade e a hipermodernidade. No contexto do presente trabalho, o enfoque será o estudo da hipermodernidade, a qual, segundo Lipovetsky<sup>3</sup>, é uma sociedade marcada pelo individualismo, que tem como foco o presente:

[...] tudo se passa como se tivéssemos ido da era do pós para a era do hiper. Nasce uma nova sociedade moderna. Trata-se não mais de sair do mundo da tradição para aceder à racionalidade moderna, e sim de modernizar a própria modernidade, racionalizar a racionalização.<sup>4</sup>

A sociedade atual é também compreendida como a era do hiperconsumo, na qual os objetos e a cultura de massa foram superados pela lógica da moda.<sup>5</sup> É diante da insegurança que cada vez mais se vive o presente. Com o passar do tempo, o alívio acaba se tornando um fardo. Isso porque a sociedade-moda não para de instigar o consumo e, de outro lado, a vida fica mais estressante e mais apreensiva. A revolução consumista líquido-moderna, nas palavras de Bauman<sup>6</sup>, fez com que as pessoas se tornassem aparentemente mais felizes do que as pessoas que fizeram parte da sociedade sólido-moderna ou era pré-moderna. Na hipermodernidade essa aparente felicidade foi intensificada.

O termo “hipermodernidade” remete ao excesso e ao exagero do que já existia na modernidade e na pós-modernidade. A título ilustrativo e como exemplo prático do “muito”, estão os hipermercados, os quais possuem basicamente os mesmos produtos que um mercado, mas em escala muito maior e com mais variedade. Voltando os olhos à aplicação do “hiper” na “modernidade”, quer-se demonstrar a dedicação ao exagero, ao muito mais.

---

<sup>3</sup> LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo ou a sociedade hipermoderna. *In*: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

<sup>4</sup> LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo ou a sociedade hipermoderna. *In*: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

<sup>5</sup> LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo ou a sociedade hipermoderna. *In*: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 29.

<sup>6</sup> BAUMAN, Zigmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução: Carlos A. M. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 59.

Gilles Lipovetsky se dedicou a estudar a fissura e a sedução da sociedade pela inovação constante, de modo que as opiniões passaram a ser rasas e constantemente mutáveis:

[...] parece igualmente óbvio que os indivíduos, desapegados de qualquer sentido transcendente, possuem opiniões cada vez menos firmes e cada vez mais volúveis. Nada, entretanto, nos autoriza a dizer que a habilidade desses indivíduos seja algo condenável de per si. É verdade que hoje eles são mais oscilantes e mais volúveis quanto a suas opiniões, mas será isso um mal?<sup>7</sup>

A vida, que antes era voltada à preocupação com o futuro, agora exige uma preocupação com o aqui e o agora. A ideia do *carpe diem*<sup>8</sup>, no sentido de que o momento atual deve ser aproveitado ao máximo, sem preocupações futuras, tomou frente. Indivíduos que conviveram com crenças tradicionais tendem a se preocupar com ter que se preparar para o casamento, os filhos, a estabilidade e a aposentadoria, enquanto indivíduos hipermodernos vivem sem preocupação com um futuro distante e a necessidade de poupar hoje para ter amanhã.

Embora pareça que essa conversão da sociedade pós-moderna em hipermoderna se deu de forma sutil, na realidade, é fruto de uma transformação rápida e despreparada. A era hipermoderna produz em um só movimento a ordem e a desordem.<sup>9</sup> Os homens passaram a agir como se não fossem viver mais de um dia.

No universo da pressa, o vínculo humano é substituído pela rapidez e a eficiência. Não se fala mais em relaxamento voluptuoso. O que importa é a vida em fluxo de nervos e prazeres abstratos. A era da urgência é também aquela que se dá a democratização da tecnologia, do bem-estar crescente.

Se por um lado a tecnologia agilizou muito eficientemente a rotina das pessoas, por outro causou impactos consideráveis no espaço-tempo do dia a dia. O hiperindivíduo não tem tempo. Na verdade, a busca incessante pela economia de tempo, na tentativa de realizar o máximo de feitos possíveis em um curto período, faz com que as pessoas assumam ainda mais compromissos e não tenham momentos dedicados ao ócio e ao descanso.

---

<sup>7</sup> LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 31.

<sup>8</sup> *Carpe diem* é um dos lemas mais antigos na história ocidental. Foi pronunciado pela primeira vez pelo poeta romano Horácio e significa “Aproveite o momento”. In: KRZYNARIC, Roman. **Carpe diem**: resgatando a arte de aproveitar a vida. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 10.

<sup>9</sup> LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo ou a sociedade hipermoderna. In: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 56.

Estar ativo no mundo virtual, seja por meio da utilização de sites de relacionamentos e comunicação ou de compras, tornou-se prioridade. Desconectar se tornou algo tão difícil quanto largar um vício em álcool. Há quem acredite que são vícios completamente distintos e que a tecnologia não é capaz de afetar as pessoas de uma forma tão preocupante assim. No entanto, o chamado “vício digital” traz consequências assim como qualquer outro vício.

Em razão da comunicação simultânea, a todo o momento e instante, é despertada nas pessoas uma sensação de imediatez. Não é mais necessário aguardar dias para uma resposta de alguém do outro lado da cidade, do estado, do país ou do mundo. E é justamente a simultaneidade da troca de informações que faz com que o indivíduo espere, sempre, por uma solução imediata para uma maioria, senão de todos, os seus problemas.

Na era da felicidade, tudo o que indica uma imagem depreciativa do “eu”, todas as denegações de reconhecimento são atacadas como ilegítimas, aparecendo como forma de opressão e de violência simbólica incompatível com o ideal de autorrealização plena.<sup>10</sup> A felicidade passou a ser consumível. O uso de redes sociais para exibir um novo produto adquirido ou uma viagem se tornou prioridade e sinônimo de felicidade.

Dennis Verbicaro destaca que já não se fala mais em consumo, mas sim em um “hiperconsumo que, para se manter, precisa de hiperconsumidores, convencidos de que a aquisição dos bens e serviços divulgados pela indústria cultural de massa é uma verdadeira necessidade para se manter nessa sociedade líquida”.<sup>11</sup> Em paralelo, as redes sociais são um meio agravante dessa falsa necessidade de consumir, induzindo o usuário a acreditar que, para se tornar belo nos parâmetros expostos pela Internet e, por conseguinte, aceitável em determinado padrão da sociedade, é necessário que adquira determinado produto ou serviço. Essa constante e manipulada necessidade de consumo não surgiu do nada. A transformação em uma sociedade consumista veio acompanhada de impactos dos mais variados aspectos, em especial aos direitos da personalidade.

---

<sup>10</sup> LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo ou a sociedade hipermoderna. *In*: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 96.

<sup>11</sup> VERBICARO, Dennis; RODRIGUES, Lays Soares dos Santos. Reflexões sobre o consumo na hipermodernidade: o diagnóstico de uma sociedade confessional. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 48, p. 342-363, 2017. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6836>. Acesso em: 7 dez. 2022.

## 2 DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE AO ESPAÇO VIRTUAL

Todo indivíduo, ainda que detentor de algumas características em comum, possui em si atributos únicos que os diferenciam de outras pessoas. Desses traços pessoais nascem direitos inerentes a cada pessoa, como os direitos fundamentais, os direitos humanos e os direitos da personalidade, que, segundo Bittar<sup>12</sup>, são direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade, outros tantos.

Pontes de Miranda<sup>13</sup>, por sua vez, entende que esses direitos são oponíveis a todos e considerados direitos subjetivos e essenciais a uma pessoa que possui atributos que remetem à condição humana, ao homem vivo. São direitos essenciais que constituem a medula da personalidade da pessoa, de modo que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.<sup>14</sup>

O Código Civil oferece diretrizes jurídicas mais específicas para solucionar questões práticas envolvendo os direitos da personalidade. Estabelece que tais direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (art. 11). Neste sentido, o Código protege os direitos à vida (art. 15), à integridade do corpo (arts. 13 e 14), ao nome (arts. 16 e 18), incluindo a proteção do pseudônimo (art. 19), à honra, à imagem (arts. 17 e 20) e à vida privada (art. 21).<sup>15</sup>

A Constituição Federal, por seu turno, relaciona diversos direitos, como a liberdade de expressão (art. 5, inciso IX), a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas (art. 5, inciso X), a inviolabilidade do domicílio (art. 5, inciso XI) e da correspondência (art. 5, inciso XII). A violação de qualquer um desses direitos enseja o dever de indenizar por dano material, moral ou à imagem.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37.

<sup>13</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. 7. p. 5-6.

<sup>14</sup> CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008. p. 24.

<sup>15</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37.

<sup>16</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

José de Oliveira Ascensão<sup>17</sup> leciona que “o direito da personalidade transforma-se no direito dos egoísmos privados” e “a pessoa é convivência e sociedade. Nenhuma consideração de intimidade pode ser mais forte que este traço essencial da personalidade”. Em outras palavras, o direito à privacidade, em uma concepção mais antiga e tradicional, bania, de certo modo, o convívio em sociedade por priorizar o direito de “estar só”.

Essa concepção de total privacidade foi destruída ao longo dos anos e com certa influência da tecnologia. A privacidade, devido a sua função social e política para além da esfera privada, começa a moldar também a cidadania, afastando-se de ser simplesmente “o direito de ser deixado só”.<sup>18</sup> O que se tem hoje é uma aceção de privacidade bastante diferente. Com as redes sociais cada dia mais pertencentes à rotina das pessoas compartilhar ou saber de informações sobre outros cidadãos é quase inevitável.

Todo e qualquer ato que envolve a tecnologia gera dados e as informações ali contidas, quando somadas, traçam um perfil único do usuário, que pode ser usado para prever preferências futuras e, conseqüentemente, manipulá-las. O mercado se aproveita dessa possibilidade para buscar lucro e conseguir entregar de forma ainda específica o conteúdo.

É de grande importância esclarecer que dados pessoais e privacidade não são sinônimos. No entanto, definir privacidade no contexto da sociedade atual gera discussões intermináveis. Isso porque pode haver discrepância entre a esfera privada a depender da profissão de cada um, como é o caso de figuras públicas, como os *influencers* e os atores, que a todo momento expõem recortes de sua rotina e, até mesmo, da intimidade, em nome da profissão.

Provavelmente, alguém que possui profissão e rotina distantes dos holofotes se sentiria violado caso alguém tirasse fotos de seu quintal ou outra parte de sua propriedade privada, enquanto uma figura pública, que grava vídeos ou tira fotos constantemente dentro de sua casa, não se importa se isso expõe ou não sua esfera privada. Essa pequena digressão objetiva esclarece que os dados pessoais, quando utilizados “incorretamente”, podem ser considerados caminho à violação do direito à privacidade.

No contexto atual de imersão no mundo digital, seja nas redes sociais ou em outros espaços virtuais, a proteção de informações se torna cada vez mais difícil. O ciberespaço é um arcabouço de dados e regulamentar esse mundo se mostra uma tarefa distante se consideradas as peculiaridades da tecnologia. É incontestável o choque de direitos fundamentais que o uso da Internet

---

<sup>17</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral do Direito Civil**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1995/1996. p. 121.

<sup>18</sup> SANTOS, Lucas Corrêa; SOUZA, Patricia Verônica Nunes Carvalho Sobral. O enquadramento nacional e a cultura digital em relação a proteção de dados pessoais. **Revista Direito & Paz**, v. 1, n. 46, p. 29, 2022. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1642>. Acesso em: 7 fev. 2023.

pode ocasionar quando seu uso invade a esfera privada, criando um domínio público de informações, dados e conteúdo.<sup>19</sup>

Segundo Bauman<sup>20</sup>, “ser membro da sociedade de consumidores é uma tarefa assustadora, um esforço interminável e difícil”. Há certo medo do indivíduo em não se adequar. O mercado de consumo, então, aufere vantagem desse temor para produzir bens de consumo que prometem auxiliar na confiança do consumidor para enfrentar esse desafio de adequação.

Na era atual das redes sociais há o intercâmbio de informações pessoais. Os usuários ficam felizes por revelarem detalhes íntimos de suas vidas pessoais por meio de fotografias, localização, músicas, entre outras funcionalidades. Esse compartilhamento se mostra preocupante, visto que, por uma necessidade de inclusão na sociedade, os consumidores abrem mão de direitos da personalidade, principalmente, da privacidade:

[...] cria-se um estímulo psicocultural à aquisição de bens e serviços, motivados mais por luxos do que por necessidades básicas, de modo que o consumidor se subordina aos sabores do mercado, especialmente colorido pelos afetos pós-modernos e segundo o avanço das tecnologias.<sup>21</sup>

O poder de decisão do consumidor é evidentemente afetado pela mídia manipuladora e nesse sentido: “Para além das antigas teorias de livre-arbítrio, que desprezam componentes como a interação humana e a interação com o ambiente, a noção de agência revela o ser humano capaz de agir, mas constantemente influenciado pelo que o cerca”<sup>22</sup>. Muito embora ainda tenha a liberdade de escolher, o caminho que o consumidor percorre até chegar à compra não é por livre-arbítrio. Os anúncios de determinado produto que aparecem na tela durante a navegação em

---

<sup>19</sup> SIMÃO FILHO, Adalberto; ZACARIAS, Fabiana. Direito à privacidade na sociedade da informação. **Revista Húmus**, v. 8, n. 24, 2018. Disponível em: <https://periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/8351>. Acesso em: 7 dez. 2022.

<sup>20</sup> BAUMAN, Zigmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução: Carlos A. M. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 79.

<sup>21</sup> RODRIGUES, Alexandre Peres; BARONOVSKY, Thainá. O metaverso como expressão da sociedade líquida: um olhar de Bauman sobre realidades virtuais. **Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município de Londrina**, v. 11, n. 1, p. 9-22, 2022. Disponível em: <https://direitopublico.homologacao.emnuvens.com.br/rdp-pgmlondrina/article/view/255>. Acesso em: 7 fev. 2023.

<sup>22</sup> FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; FIRMO, Marina de Castro. Dignidade humana e neurodireitos na era digital. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, v. 7, n. 2, p. 1-20, 2023. Disponível em: <https://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/view/157>. Acesso em: 6 jul. 2023.

determinado site, de certo modo, são traçados de forma manipuladora para induzir o ato de consumir.<sup>23</sup>

Niklas Luhmann<sup>24</sup> assevera que a publicidade tenta manipular e assume o pecado mortal dos meios de comunicação. O consumo se tornou não só importante, mas o verdadeiro propósito da existência humana.<sup>25</sup> O “ter” mais do que “ser” se tornou a ambição de uma grande maioria das pessoas, que se satisfazem mediante o consumo.<sup>26</sup> O comportamento do consumidor, sobretudo do ciberconsumidor, é sutilmente manipulado, ainda que ele não se dê conta disso.

De certo modo, há muito proveito por ambas as partes na relação de consumo, seja pelo consumidor ou pelo fornecedor. Entretanto, o desequilíbrio informacional, bem como os objetivos distintos com o uso da tecnologia remetem o maior número de vantagens ao mercado do que ao ciberconsumidor, embora este último acredite que é ele quem auferir maior proveito com inúmeras facilidades do consumo virtual.

## 2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A PRIVACIDADE NAS REDES SOCIAIS

Uma dúvida não tão recente que interessa a muitas pessoas é a possibilidade de que a privacidade seja respeitada no âmbito das redes sociais. Ainda que o exercício de tal direito seja possível por meio do controle sobre a quantidade de informações disponibilizadas pelos usuários aos colegas e seguidores este nem sempre pode ser considerado integralmente resguardado. No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) entrou em vigor em 2020 e, certamente, impactou inúmeras empresas dos mais diversos ramos, sobretudo no meio digital. Entre os entes impactados, as redes sociais tiveram que se preocupar ainda mais com a adequação às disposições da lei, considerando a essência das plataformas, que é baseada na coleta constante de dados.

Muitas plataformas digitais que não se preocupavam com a privacidade, tampouco com a proteção de dados pessoais, tiveram que se adequar às disposições da LGPD e garantir maior

---

<sup>23</sup> Sobre a manipulação e privacidade do ciberconsumidor ver RIBEIRO, Micaela Mayara; FACHIN, Zulmar. Indução ao consumo e os danos aos direitos da personalidade do ciberconsumidor. **Revista do Mestrado em Direito da UCB**, v. 15 n. 2, p. 1-19, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/14010>. Acesso em: 7 dez. 2022.

<sup>24</sup> LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro M. F. São Paulo: Paulus, 2005. p. 83.

<sup>25</sup> BAUMAN, Zigmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução: Carlos A. M. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 38-39.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 266.

transparência acerca da coleta de dados. A relação entre a privacidade e o tratamento de dados teve início em meados dos anos 1970, quando a *Secretary for Health, Education and Welfare* (HEW) dos Estados Unidos reuniu uma comissão de especialistas que divulgou estudo que conclui pela relação direta entre a privacidade e o tratamento de dados pessoais e a necessidade de estabelecer regras de controle para a pessoa sobre as próprias informações.<sup>27</sup>

A privacidade é afetada diretamente pelo tipo de divulgação e a forma de utilização das informações registradas a respeito do indivíduo. Tal registro, contendo informações sobre uma pessoa identificável, deve ser administrado por meio de procedimentos que permitam o direito ao titular dos dados de participar da decisão sobre o conteúdo, a divulgação e a finalidade.

Qualquer registro, divulgação ou utilização das informações pessoais fora desses procedimentos não deve ser permitido, por consistir prática desleal, a não ser que a utilização dos dados sem o consentimento do titular seja expressamente prevista em lei<sup>28</sup>.

Danilo Doneda<sup>29</sup> destaca que a proteção da privacidade na sociedade da informação é exercida na forma de proteção de dados pessoais:

[...] a proteção da privacidade na sociedade da informação tomada na sua forma de proteção de dados pessoais, avança sobre terrenos outrora improponíveis e nos induz a pensá-la como um elemento que, antes de garantir o isolamento ou a tranquilidade, serve a proporcionar ao indivíduo os meios necessários à construção e consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade.

O autor traz uma relação entre a privacidade e o controle de dados, na qual o indivíduo tem sua esfera privada própria dentro de uma nova sociedade, não mais se isolando do coletivo para que se possa dizer dono de uma privacidade. Relacionando a ideia de privacidade trazida por Doneda com o uso das redes sociais, tem-se que o usuário tem o controle sobre quais informações pretende compartilhar com o público em geral ou apenas amigos limitados.

É esse o controle da privacidade que é cedido ao usuário. Entre as milhares de redes sociais já criadas e ativas, a mais comum atualmente entre a população é o *Instagram*, pertencente ao

---

<sup>27</sup> RECORDS, computers and the rights of citizens. Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems. **The Assistant Secretary for Planning and Evaluation (ASPE)**, 1973. Disponível em: <https://aspe.hhs.gov/reports/records-computers-rights-citizens>. Acesso em: 7 dez. 2022.

<sup>28</sup> Hipóteses expressas na Lei nº 13.709/2018.

<sup>29</sup> DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

grupo *Meta*. A política de privacidade da rede social é bastante completa e minuciosa, de forma bastante ilustrativa e compreensível aos usuários.<sup>30</sup> Todavia, o imediatismo e a pressa involuntária fazem com que a leitura dos termos não seja uma prioridade para o usuário. Francamente, páginas e páginas descrevendo políticas sobre como os dados serão coletados e tratados, bem como a forma de funcionamento da plataforma não atraem usuários, que buscam as redes sociais como forma de lazer e distração. Menos ainda àqueles que a utilizam como profissão.

A disposição da política de privacidade é semelhante a cláusulas não benéficas ao contratante em contratos de adesão. Não possuem a natureza de aviso e conscientização efetiva. Significa apenas que, de certa forma, a informação está em algum lugar e “à disposição” de quem tenha interesse. Para a proteção mínima de dados pessoais e da privacidade seria necessária melhor conscientização dos usuários, como alternativa aos extensos e exaustivos termos de privacidade. Demonstrar o assunto de forma mais dinâmica, sem extensos textos e cláusulas chamaria ainda mais a atenção do usuário que, muito provavelmente, se interessaria em entender quais fins serão dados a suas informações fornecidas diariamente. Assim, seria possível dizer que a existência da LGPD foi de extrema e significativa importância para a sociedade atual e muito relevante para impor limites a quem lida com dados pessoais. No entanto, não será efetiva se os titulares de dados, enquanto entes centrais da norma e por ela protegidos, não tomarem consciência sobre a importância da conscientização no uso da tecnologia.

É necessário que o uso das redes sociais seja exercido de forma consciente. Não se pretende nesse momento induzir à crença de que a tecnologia possui influência exclusivamente negativa sobre as decisões das pessoas, mas demonstrar que, quando utilizada de forma automática e desregrada, a Internet e as redes sociais podem impactar negativamente em direitos da personalidade, como a privacidade e a proteção de dados pessoais.

Respalda-se exclusivamente na existência de norma específica sobre a proteção de dados pessoais sem nenhuma aplicação prática acabará contribuindo para a violação de direitos, em especial dos direitos da personalidade, tão necessários para a existência humana.

---

<sup>30</sup> PRIVACY Policy. **Meta**, 2022. Disponível em: [https://privacycenter.instagram.com/policy/?section\\_id=0-WhatIsThePrivacy](https://privacycenter.instagram.com/policy/?section_id=0-WhatIsThePrivacy). Acesso em: 8 dez. 2022.

### 3 A SÉRIE “*BLACK MIRROR*” E A IDEIA DE DESCONSTRUÇÃO DO ELO ENTRE TECNOLOGIA, PRIVACIDADE E DIGNIDADE HUMANA

Como abordado neste mesmo estudo, além do dever de legislar sobre assuntos que envolvem a tecnologia, outras dificuldades maiores também são enfrentadas diariamente. Entre elas, levar o conhecimento até as pessoas sobre a importância da privacidade, da proteção de dados e da dignidade humana no âmbito da Internet.

O acesso a plataformas de *streaming* cresceu subitamente nos últimos anos. Tais plataformas são *softwares online* que compartilham conteúdo de mídia como filmes, documentários, séries, *podcasts* e outros por meio de sites e aplicativos. Assim, os conteúdos de mídia tomaram o lugar de programas anteriormente assistidos por meio da rede de TV aberta. Em razão disso, o foco midiático passou a ser levar conteúdos polêmicos e atrativos para as plataformas de *streaming* e, falando em era tecnológica, investiu-se em colocar à disposição do público um programa que pudesse ilustrar pontos ocultos sobre a evolução da tecnologia.

Criada por Charlie Brooker e disponibilizada na plataforma *Netflix* em 2011<sup>31</sup>, a série “*Black Mirror*” ganhou destaque nas telas por instigar o telespectador a compreender a ideia por trás de cada episódio. Ao longo das cenas dos episódios são ressaltados pontos obscuros relacionados à evolução tecnológica que são muitas vezes ignorados, como os impactos negativos de se viver em constante necessidade de aprovação das redes sociais, de se submeter a ordens absurdas ditadas por terceiros sob o medo de ter segredos íntimos revelados e que foram obtidos ilegalmente, o desligamento do mundo real em troca de conexão na realidade virtual, dentre diversos outros pontos ilustrados na série.

Destaca-se que a série aborda questões de privacidade e vigilância em um mundo cada vez mais conectado. *Black Mirror* questiona até que ponto as pessoas estão dispostas a sacrificar a privacidade em troca de conveniência e segurança. Episódios como “*The Entire History of You*” e “*Hated in the Nation*” exploram o poder e as consequências do monitoramento constante e da coleta de dados pessoais.

Recentemente, uma nova temporada foi lançada e, com ela, um episódio que trata sobre um assunto de extrema relevância para a navegação na Internet: o consentimento do usuário sobre os termos e condições. No primeiro episódio da terceira temporada, intitulado “*Joan é Terrível*”, a personagem principal toma conhecimento de que uma plataforma de *streaming* lançou uma série dramática sobre sua rotina, dando enfoque nos desastres passados em determinada data.

---

<sup>31</sup> Série disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/70264888>. Acesso em: 25 jun. 2023.

Com a exposição de sua privacidade, a vida social da personagem é completamente destruída, o que a leva a buscar entender o que ocasionou a utilização distorcida e indireta da sua imagem. A plataforma de *streaming* esclarece a personagem de que ela concordou com o acompanhamento de sua rotina e a utilização de seu nome para a criação de episódios reproduzindo de forma exagerada pequenos acontecimentos do seu dia a dia.

A empresa utiliza uma tecnologia de inteligência artificial que faz o uso da imagem do rosto de uma atriz famosa que, não coincidentemente, também cedeu seus direitos para a plataforma ao assinar um contrato, sem ler os termos e suas condições. A partir desse momento, ambas seguem na tentativa de reverter a situação, mas, ao final, descobrem que para impedir que o mesmo aconteça com outras pessoas será necessário destruir a fonte da inteligência artificial. Num primeiro momento é possível achar que a série como um todo, sobretudo tal episódio, é utópico e se esvai da realidade. No entanto, basta colacionar a história com a situação vivenciada atualmente pela sociedade para entender que a intenção da história é justamente demonstrar, ainda que de forma pouco realista, a importância da leitura dos termos e das condições antes do aceite e, também, as possíveis consequências do aceite sem a leitura prévia.

Embora *Black Mirror* apresente um panorama sombrio da relação entre a tecnologia e a sociedade, a série também lembra que a tecnologia em si não é predominantemente má. Ela destaca como a forma de uso das tecnologias pode ser problemática, levando seus espectadores a questionarem os próprios valores, sua ética e a responsabilidade ao utilizar e desenvolver novas tecnologias.

A série também instiga a refletir sobre a necessidade de se estar informado e consciente sobre a forma como os dados são coletados, armazenados e utilizados pelas empresas de tecnologia. Ela alerta sobre os riscos de abdicar da própria privacidade e da dignidade humana em troca de conveniência e entretenimento.

O diálogo entre Bauman e Lyon<sup>32</sup> ilustra bem as consequências da vigilância líquida:

[...] a vigilância ao estilo pan-óptico presume que o caminho para a submissão a uma oferta passa pela eliminação da escolha. Nossa vigilância empregada pelo mercado presume que a manipulação da escolha (pela sedução, não pela coerção) é o caminho mais seguro para esgotar as ofertas por meio da demanda.

---

<sup>32</sup> BAUMAN, Zigmunt. **Vigilância Líquida**. Diálogos com David Lyon. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

Enquanto navegam na Internet os usuários são induzidos a todo o momento a fazerem escolhas e, embora pensem que possuem o poder de decidir o que querem ou não, na verdade, foram seduzidos a escolher determinada opção. E, como exemplo disso, estão os termos e as condições vistos na maioria das páginas da *web* e de aplicativos.

Essas escolhas inconscientes trazem como consequências a submissão a condições muitas vezes insensatas e prejudiciais ao usuário, que cede seus dados sem compreender a finalidade e o destino das informações compartilhadas. Mais uma vez resta evidenciada a necessidade de mudanças nos termos e nas condições de uso disponíveis em *sites* na Internet, com maior dinamismo e de forma que facilite o entendimento do usuário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transição da sociedade é recorrente, ainda que não percebida por seus integrantes. Não é necessário retornar muito no tempo para perceber tal evolução. A forma de pensar, de se organizar e planejar o futuro deixou de ser prioridade.

O imediatismo e o exagero são considerados como as principais características da sociedade hipermoderna. O tempo foi comprimido e começou a passar, aparentemente, de forma mais rápida. Na verdade, a ansiedade e a vontade de viver como se o dia de amanhã não fosse chegar faz com que o tempo pareça passar muito mais rápido do que realmente passa.

O dia ainda tem vinte e quatro horas, a hora ainda tem sessenta minutos e o minuto ainda possui sessenta segundos. Todavia, pensar no aqui e no agora e se manter conectado à tecnologia consomem o tempo de forma tenebrosa.

Acompanhando a evolução da sociedade progride igualmente a identificação de direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade. Dentre tais direitos, o direito à privacidade teve destaque no presente estudo. Foi possível averiguar que enquanto direito da personalidade não pode ser considerado completamente irrenunciável, pois em determinado momento da história era visto como egoísmo que afastava do convívio em sociedade.

O direito à proteção de dados pessoais, ainda que derivado do direito à privacidade, não é seu sinônimo. Nesse sentido, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais pode ser considerada de grande importância nos mais diversos campos que envolvem dados pessoais. Com o advento da referida lei, muitas empresas, incluindo as plataformas e redes sociais, tiveram que se adequar e informar a finalidade da coleta e do tratamento de dados pessoais dos usuários. Ainda assim,

muitas pessoas não se importam com os motivos pelos quais os dados são coletados e tratados, uma vez que a prioridade é consumir e se manter no padrão aceito por um determinado grupo de pessoas. Os indivíduos não se importam mais tanto com sua privacidade e a proteção de seus dados pessoais e, sim, com a agilidade de atos rotineiros.

Espera-se que muito em breve as pessoas se deem conta de que a proteção de dados pessoais caminha ao lado da privacidade e, ainda que se tenha normas expressas nesse sentido, a positivação de direitos não é suficiente sem a conscientização dos próprios detentores dos direitos. Ainda que direitos da personalidade sejam intransferíveis e irrenunciáveis, o que se vê é a abdicação da privacidade para acompanhar os padrões impostos pela sociedade da informação, sobretudo pelo bombardeio de exigência das redes sociais para atingir padrões inexistentes.

No atual cenário digital, em que o acesso a plataformas de *streaming* e outras formas de entretenimento *online* se torna cada vez mais popular, é crucial que as pessoas sejam educadas sobre a importância da privacidade e da proteção de dados. Além disso, é fundamental que a legislação acompanhe essas transformações tecnológicas e estabeleça diretrizes claras para garantir a privacidade dos usuários e a dignidade humana no ambiente da Internet. É de grande relevância, portanto, uma mudança na forma de conscientização sobre o uso das redes sociais para além das tradicionais, considerando o contexto atual de sociedade da informação, que tenta ao máximo comprimir o tempo e não pode se dedicar à leitura de todos os extensos termos e das políticas de privacidade que supostamente descrevem a proteção da privacidade.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Teoria Geral do Direito Civil. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1995/1996.

BAUMAN, Zigmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução: Carlos A. M. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUMAN, Zigmunt. Vigilância Líquida. Diálogos com David Lyon. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm). Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm). Acesso em: 6 dez. 2022.

CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FLORES FILHO, Edgar Gastón Jacobs; FIRMO, Marina de Castro. Dignidade humana e neurodireitos na era digital. Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, v. 7, n. 2, p. 1-20, 2023. Disponível em: <https://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/view/157>. Acesso em: 6 jul. 2023.

KRZNNARIC, Roman. *Carpe diem*: resgatando a arte de aproveitar a vida. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIPOVETSKY, Gilles. Tempo contra tempo ou a sociedade hipermoderna. *In*: LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. Os Tempos Hipermodernos. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. Tradução: Ciro M. F. São Paulo: Paulus, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. 7.

PRIVACY Policy. Meta, 2022. Disponível em: [https://privacycenter.instagram.com/policy/?section\\_id=0-WhatIsThePrivacy](https://privacycenter.instagram.com/policy/?section_id=0-WhatIsThePrivacy). Acesso em: 8 dez. 2022.

RECORDS, computers and the rights of citizens. Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems.

The Assistant Secretary for Planning and Evaluation (ASPE), 1973. Disponível em: <https://aspe.hhs.gov/reports/records-computers-rights-citizens>. Acesso em: 7 dez. 2022.

RIBEIRO, Micaela Mayara; FACHIN, Zulmar. Indução ao consumo e os danos aos direitos da personalidade do ciberconsumidor. Revista do Mestrado em Direito da UCB, v. 15 n. 2, p. 1-19, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/14010>. Acesso em: 7 dez. 2022.

RODRIGUES, Alexandre Peres; BARONOVSKY, Thainá. O metaverso como expressão da sociedade líquida: um olhar de Bauman sobre realidades virtuais. Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município de Londrina, v. 11, n. 1, p. 9-22, 2022. Disponível em: <https://direitopublico.homologacao.emnuvens.com.br/rdp-pgmlondrina/article/view/255>. Acesso em: 7 fev. 2023.

SANTOS, Lucas Corrêa; SOUZA, Patricia Verônica Nunes Carvalho Sobral. O enquadramento nacional e a cultura digital em relação a proteção de dados pessoais. Revista Direito & Paz, v. 1, n. 46, 2022. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1642>. Acesso em: 7 fev. 2023.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIMÃO FILHO, Adalberto; ZACARIAS, Fabiana. Direito à privacidade na sociedade da informação. Revista Húmus, v. 8, n. 24, 2018. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/8351>. Acesso em: 7 dez. 2022.

VERBICARO, Dennis; RODRIGUES, Lays Soares dos Santos. Reflexões sobre o consumo na hipermodernidade: o diagnóstico de uma sociedade confessional. Revista Direito em Debate, v. 26, n. 48, p. 342-363, 2017. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6836>. Acesso em: 7 dez. 2022.

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA FORMAÇÃO A PARTIR DO USO PÚBLICO DA RAZÃO  
SOB A PERSPECTIVA KANTIANA

*THE PRINCIPLE OF THE SUPREMACY OF THE PUBLIC INTEREST IN  
PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS FORMATION FROM THE PUBLIC USE OF REASON  
UNDER THE KANTIAN PERSPECTIVE*

Clodomiro José Bannwart Júnior<sup>1</sup>

Natalia Branco Lopes Krawczun<sup>2</sup>

Thiago Ridolfi Ferreira<sup>3</sup>

RESUMO

O presente estudo se dedica a propor um olhar analítico acerca do princípio da supremacia do interesse público na Administração Pública, lançando mão para tal da perspectiva kantiana acerca do uso público da razão. A problemática da pesquisa proposta repousa na dificuldade de lidar com elementos intrínsecos à efetivação de referido axioma, em especial sua indeterminação conceitual e destacada dicotomia no que concerne ao conflito entre interesses privados e coletivos. No mais, também se faz importante apontar, a partir do caminho teórico desenhado, como é possível formatar referido tema, possibilitando, dessa forma, sua real efetividade no mundo prático. Argumenta-se, a partir de uma matriz kantiana, que tal busca conceitual perpassa, inexoravelmente, a formação de indivíduos emancipados a partir do uso da razão, elevando para a esfera pública os elementos norteadores dos valores populares de ordem normativa que consubstanciam os princípios corolários do Direito Administrativo e da Administração Pública em face de seus administrados, na busca precípua pela formação de uma sociedade harmônica e que se dedique a realizar os fundamentos e anseios constitucionais de nossa República. Tal conceituação encontra guarida na formação democrática de nosso Estado, estabelecida a partir da participação popular na função de legitimação da normatividade estatal posta. Trata-se de uma pesquisa elaborada a partir de revisão bibliográfica e da utilização de método dedutivo, partindo-se de conceitos gerais e perspectivas amplas, buscando encontrar possibilidades de aplicação prática em nosso Estado de Direito. Quanto ao procedimento, corresponde ao crítico reconstrutivo, utilizando-se uma perspectiva aberta aos

---

<sup>1</sup> Advogado. Doutor e Pós Doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas. Professor Associado B do Departamento de Filosofia e do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Professor colaborador do Programa de Doutorado em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense, Niterói/RJ. Coordenador do Curso de Especialização em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Membro da Academia de Letras, Ciências e Artes de Londrina.

<sup>2</sup> Advogada. Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Londrina. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito do Estado e Metodologia da Ação Docente pela Universidade Estadual de Londrina.

<sup>3</sup> Advogado e músico. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Previdenciário e Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina

conceitos sociais dinâmicos delimitados por estudos interdisciplinares, mormente jurídicos, sociais e políticos.

**Palavras-chave:** Interesse público; Administração Pública; democracia; princípios constitucionais; Kant.

#### ABSTRACT

The present study is dedicated to launching an analytical look at the principle of supremacy of the public interest in Public Administration, making use of the Kantian perspective on the public use of reason. The problematic of the proposed research rests on the difficulty of dealing with elements intrinsic to the realization of that axiom, in particular its conceptual indetermination and highlighted dichotomy regarding the conflict between private and collective interests. Moreover, it is also important to point out, from the theoretical path drawn, how it is possible to format that interest, thus enabling its real effectiveness in the practical world. It is argued, based on a Kantian matrix, that such a conceptual search inexorably permeates the formation of individuals emancipated from the use of reason, elevating to the public sphere the guiding elements of popular values of a normative order that embody the corollary principles of Administrative Law and Public Administration in the face of those administered, in the primary search for the formation of a harmonious society that is dedicated to fulfilling the constitutional foundations and aspirations of our Republic. Such conceptualization finds shelter in the democratic formation of our State, established from the popular participation in the function of legitimizing the established state normativity. This is a research based on a bibliographic review and the use of a deductive method, starting from general concepts and broad perspectives, seeking to find possibilities for practical application in our State of Law. As for the method of procedure, it corresponds to the reconstructive critic, using an open perspective to dynamic social concepts quelled by interdisciplinary studies, mainly legal, social and political.

**Keywords:** Public interest; Public Administration; democracy; constitutional principles; Kant.

#### INTRODUÇÃO

O princípio da supremacia do interesse público corresponde a importante valor consagrado no estudo do Direito Administrativo, ganhando diversas nuances normativas e interpretativas a depender do olhar a ele lançado. Nesse sentido, em que pese por vezes sofrer pela vagueza semântica dos

conceitos jurídicos indeterminados, sua consagração em nosso ordenamento jurídico enquanto norma constitucional e legal é uma realidade clara e factível.

Mais do que isso, a compreensão e inserção de tal princípio no que tange à dinâmica e atuação da Administração Pública é uma constante normativa e axiológica fundamental para a tomada de decisões por parte desta, em especial na busca pela realização e efetividade de suas funções precípua, destacadamente no que se refere aos anseios e objetivos de nossa República cravados na Constituição Federal.

Em que pese tal cenário posto, a teorização conferida sobre esse assunto carece de debate, mormente se situando em um plano para além de uma imposição do administrador sobre seus administrados e agentes. Isso porque, repisa-se, falar de interesse público, em prima face, leva o jurista a um cenário pantanoso de incompreensão normativa, por vezes, na prática, ficando adstrito a um conteúdo impositivo advindo da força estrutural estatal ou ainda dos interesses políticos de determinados grupos.

Nessa toada, o estudo aqui desenvolvido almeja encontrar respaldo filosófico e argumentativo que consubstancie a formação do conteúdo de referido princípio, utilizando para tal os ensinamentos de Immanuel Kant acerca do uso público da razão. O objetivo é delimitar como a perspectiva racional crítica pode e deve embasar a normatividade valorativa que é debelada pela Administração Pública na tomada de suas decisões tendo por base os limites do esclarecimento na esfera pública.

Nesse cariz, efetivam-se, pois, os ditames republicanos e democráticos que orientam nossa identidade constitucional, encontrando a partir de uma formação dialógica entre administrados e administração, o conteúdo que irá formar o conceito de interesse público, possibilitando que a realização de tal conclave se dê em uma perspectiva racional e, de fato, pública.

## 1 O princípio da supremacia do interesse público na Administração Pública

A Lei nº 9.784/1999 ao disciplinar os processos administrativos no âmbito federal, em seu art. 2º, destaca expressamente o interesse público como um dos princípios orientadores da

Administração Pública<sup>4</sup>. Para além, nossa Constituição Federal consubstancia um grande plexo normativo e axiológico que, a partir de uma hermenêutica teleológica e sistêmica, permite compreender tal valor como necessário e inerente à atuação estatal na busca pela realização de suas finalidades e funções precípuas.

No entanto, para além da positivação legal e da interpretação valorativa que a partir de tal norma pode ser feita, é de suma importância uma compreensão mais profunda e objetiva acerca da efetivação de tal princípio em nosso ordenamento jurídico e na vida social como um todo.

Nessa toada, Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda na década de 1960, foi o precursor da teorização da supremacia do interesse público no direito administrativo brasileiro, embora já houvesse produções esparsas abordando a prevalência desta nas relações administrativas, bem como no estabelecimento de limites ao interesse privado neste mesmo âmbito<sup>5</sup>. O autor já advertia que, embora a jurisprudência tenha atribuído normatividade ao referido princípio, parte dela não se preocupava em observar mais amiúde os fundamentos que o alicerçam.

Nessa mesma linha, Hely Lopes Meirelles em sua seminal obra *Direito Administrativo Brasileiro*<sup>6</sup>, também destacava que o Direito Administrativo, a partir de suas particularidades, não poderia ser interpretado como se direito privado fosse, indicando o necessário exercício hermenêutico<sup>7</sup> que considerasse a necessidade de estabelecimento de poderes discricionários para a atuação da Administração Pública frente a desigualdade estabelecida entre ela e seus administrados, bem como a presunção de legitimidade de seus atos.

Nesse sentido, Meirelles estabelece diferenças fundamentais entre o Direito Público e Privado<sup>8</sup>, que necessariamente se refletem na forma da Administração atuar em sua interpretação da norma frente ao caso concreto:

---

<sup>4</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

<sup>5</sup> Em 1923, Aarão Reis discorre acerca do ônus mediante a prevalência do interesse privado sobre o público na administração, assim como Themístocles Brandão Cavalcanti que, em 1936, já advertia acerca de que ao Estado necessário era tutelar, em especial, os interesses da coletividade. Conforme: REIS, Aarão. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Villas-Boas & Cia., 1923. p. 32. 33. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 204.

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1964, p. 10-11.

<sup>7</sup> O exercício hermenêutico proposto por Meirelles, pauta-se em três pressupostos, quais sejam: “a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; a presunção de legitimidade dos atos da Administração; a necessidade de poderes discricionários para a Administração realizar seus fins” (MELLO, 1967, p. 44).

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1964, p. 10.

O poder administrativo é atribuído a autoridade para remover os interesses particulares que se opõe ao interesse público. Nessas condições, o poder de agir se converte no dever de agir. Assim, se no direito privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público é uma imposição, um dever para o agente que detém, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem a sua atuação. Eis por que a Administração responde civilmente pelas omissões lesivas de seus agentes.

Noutra banda, Hachem<sup>9</sup>, ao fazer uma leitura de Meirelles, aponta que a partir da observância sistêmica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos, é que o autor entende que o conjunto normativo do Direito Administrativo encontra fundamento, propondo a adoção destes valores como “pedra de toque do regime jurídico-administrativo”. Nas palavras de Mello<sup>10</sup>, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é:

(...) verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

Ainda de acordo com Hachem (2011, p. 47-48), as premissas iniciais de Mello acerca do tema, nos parâmetros até então expostos, são anteriores ao advento da Constituição de 1988. A partir de nossa constituinte de 1988, o autor identificou profundas transformações no ordenamento jurídico brasileiro no que concerne ao tema. Assim, já na década de 1990, ao publicar a segunda edição da obra “Elementos de Direito Administrativo”, Meirelles acrescenta novas considerações sobre sua teorização, enfatizando a supremacia de tal princípio no Regime Jurídico Administrativo<sup>11</sup>.

Para isso, consubstancia-se nas reflexões de Fernando Garrido Falla<sup>12</sup>, apontando a necessidade de que o Direito Administrativo se edifique sobre o binômio “prerrogativas da administração e direitos dos administrados”, buscando um equilíbrio que se expressa de modo variável que, a depender se o sistema jurídico adotado, possuirá inclinação mais autoritária ou democrática.

---

<sup>9</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 47.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 46.

<sup>11</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 47-48.

<sup>12</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. Revista de Administración Pública, nº 7, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 11-50, ene./abr.1952. p. 37.

Sobre esta nova percepção, Hachem, interpretando a obra de Mello, assim destaca, *in verbis*:

Em nota de rodapé, Celso Antônio denuncia a concepção autoritária de Direito Administrativo que as práticas jurisprudencial e administrativa brasileiras ainda compartilhavam, à época. Sustenta que tal percepção contrasta com a própria razão de ser dessa disciplina jurídica, e sobretudo com a Lei Fundamental de 1988, após a qual “não haverá como emprestar-se às nossas instituições o sentido despótico com que as sucessivas ditaduras (ostensivas ou disfarçadas) conspurcaram os documentos constitucionais, inclusive os forjados sob sua égide, como as Cartas de 1967 e 1969”. Percebe-se, com isso, que o autor, ao referir-se à supremacia do interesse público sobre o privado, rejeita qualquer forma de arbitrariedade por parte da Administração, propugnando a manutenção de um equilíbrio entre prerrogativas e sujeições do Poder Público, sempre com vistas aos valores democráticos<sup>13</sup>.

Neste contexto, Mello é enfático ao frisar que o ato administrativo encontra limites no interesse público sob pena de “transbordamento da finalidade legal, não tendo a discricionariedade da administração o condão de conceder liberdade para atuação que afronte à razoabilidade<sup>14</sup>.”

Outrossim, Hachem identifica que os fundamentos da supremacia do interesse público, na percepção de Mello, também passam por novas sensíveis modificações a partir dos anos 2000. Tal reinterpretação consubstanciar-se-ia no diagnóstico da ausência de compreensão e profundidade do interesse público que se desvela por meio de um “falso antagonismo entre interesse das partes e interesse do todo”, no qual equívoco reside na tentativa de emprestar a essa noção “o status de algo que existe por si mesmo, dotado de consistência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes”, enquanto que o correto seria, “que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação”<sup>15</sup>.

A partir desta percepção, Meirelles asseverou em sua obra clássica que é possível admitir a existência de um interesse público contrário a um determinado individual, no entanto, inadmissível seria um interesse público avesso a outro que forma o corpo social. E, este interesse do todo, por sua vez, constitui “a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de

---

<sup>13</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 58-60.

<sup>15</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 64.

cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)”<sup>16</sup>.

Em sentido mais ampliativo, Paulo Schier identifica uma questão problemática no que diz respeito à supremacia e entronização do interesse público em um patamar privilegiado:

Nada obstante tem-se observado, em considerável e relevante grupo da produção teórica do Direito Administrativo nacional, a prevalência de certas ideias fundantes do chamado regime jurídico-administrativo que, mesmo partindo de pensadores extremamente vinculados com a efetividade da Constituição e com os valores democráticos, podem justificar a emergência de manipulações discursivas negadoras dos direitos fundamentais e de seu regime jurídico-constitucional. É o que se observa quando, em sede doutrinária, os administrativistas buscam fundar o seu sítio de investigação a partir do chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado<sup>17</sup>.

Malgrado, referido autor também compreende que o problema que se verifica na dogmática do Direito Público não diz respeito à existência ou não de um princípio constitucional implícito de tutela do interesse público ou de uma adequada compreensão do seu conteúdo. “O cerne do debate está, sim, nos aspectos formais de como ele vem sendo colocado. Da afirmação de sua supremacia, de sua entronização num patamar hierárquico privilegiado<sup>18</sup>.” Acrescenta-se ainda, que a celeuma reside – e muito – nos elementos que o formam e na sua conceituação a partir de premissas jurídico-políticas.

Dito isto, é evidente que a análise dos diferentes posicionamentos doutrinários acerca do interesse público é um indicativo da existência de controvérsias significativas, seja em relação às delimitações de seu conceito, seja de sua aplicabilidade e efetividade.

Também nesse sentido, Gabardo chama a atenção para o fato de que a discussão referente ao tema recebeu diferentes perspectivas ao longo da história, cuja manifestação se expressou por vezes de um modo extremo, variando desde a estrita vinculação legal à total discricionariedade. O interesse público, para esse pensador, é de difícil conceituação, assim como os conceitos de ordem, segurança pública, idoneidade, em especial por sua indeterminação semântica e conceitual<sup>19</sup>.

Nessa senda, o mesmo autor, ao citar Gerhald Colm<sup>20</sup>, assevera que “a flexibilidade

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1964, p.81.

<sup>17</sup> SCHIER Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. ano 4 n. 17. Belo Horizonte, 2004, p. 3.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>19</sup> GABARDO, Eduardo. *O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social*. *Revista Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 4 n2, maio/ago. 2017, p. 44.

<sup>20</sup> COLM, Gerhard. *O interesse público: chave essencial da política pública*. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). *O interesse público*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996, p. 128.

conceitual do interesse público é hipótese vital para a existência de uma sociedade plural”, cuja indeterminação é típica de sociedades democráticas, exigindo constante debate público frente às realidades políticas existentes<sup>21</sup>.

Humberto Ávila, estendendo o debate, compreende que a “indeterminabilidade abstrata” do conceito é, de fato, um problema, considerando “questionável se o interesse público pode ser descrito objetivamente”<sup>22</sup>.

Nessa mesma toada, Hachem assevera que, assim como Humberto Ávila, autores como Daniel Sarmiento e Patrícia Baptista compreendem que esta obscuridade sugere a existência de dois óbices preocupantes ao reconhecimento do princípio da supremacia, quais sejam: “a profunda indeterminação semântica do conceito pode permitir às autoridades públicas que o manuseiam as mais perigosas malversações” e o fato de que “um princípio de que tudo legitima não se presta a legitimar absolutamente nada”<sup>23</sup>.

Novamente para Hachem, em que pese a existência de um considerável grau de imprecisão conceitual acerca do interesse público, este fato não deslegitima a sua supremacia sobre o interesse privado, estabelecendo-se assim, como um valor fundamental de nosso ordenamento, visto que:

(...) a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados é amplamente recepcionada pelo pensamento jusadministrativista contemporâneo, eis que alguns conceitos jurídicos requerem, efetivamente, contornos fluidos para se adequarem à realidade fática; conquanto seja indeterminado, o conteúdo do interesse público é determinável nas situações concretas, havendo técnicas jurídicas para isso; há uma série de outras normas jurídicas que se fundam em conceitos jurídicos indeterminados, de forma que a aceitação da crítica conduziria à refutação de uma série de princípios constitucionais, inclusive o da dignidade da pessoa humana<sup>24</sup>.

O autor se posiciona no sentido de que a imprecisão conceitual, algo comum no âmbito jurídico constitucional, não pode ser pretexto para que o jurista afaste a aplicabilidade do

---

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 192.

<sup>23</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 275.

<sup>24</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 276.

interesse público na tomada de decisões por parte da Administração Pública<sup>25</sup>.

Malgrado, em uma análise mais ontológica proposta por Gabardo, o princípio em discussão trata da supremacia do interesse público sobre o privado, e não do direito público em detrimento do privado, ou seja, não trata da prevalência de direitos, mas sim destes pensados em uma dinâmica social complexa e multifacetária<sup>26</sup>.

E, em que pese as divergências a respeito do tema, o mesmo autor aponta que a maioria doutrinária e jurisprudencial reconhece o caráter principiológico fundamental do interesse público sobre o privado no direito administrativo pátrio, revelando assim sua força normativa em nosso ordenamento<sup>27</sup>.

Outrossim, ampliando o conceito posto, o emprego da palavra público significa que o valor ético constante em tal fundamento é aplicável a toda a comunidade política. Trata-se de um valor que está acima da distinção daquilo que é vantajoso para um e desvantajoso para outro. O que Marçal Justen Filho<sup>28</sup> (autor-data e referências?) denominou como “caráter transcendental do direito público”<sup>29</sup>, que se vincula à dignidade da pessoa humana e é fruto de uma construção histórica<sup>30</sup>.

Assim, “as ações humanas são motivadas por necessidades e objetivos. Interesses que, quando universalizados, muitas vezes, transformam-se em valores que precisam ser reordenados em uma comunidade em desenvolvimento<sup>31</sup>.”

Sob esta perspectiva, a relação simbiótica entre o interesse público e privado, entre o indivíduo e a sociedade, bem demonstra o necessário e constante equilíbrio harmonioso desejado, visto que, da mesma forma que parece ser necessário que o interesse público sobrepuje, ao mesmo tempo é de

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>26</sup> GABARDO, Eduardo. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 4 n2, maio/ago. 2017, p. 4 n2, p. 118.

<sup>27</sup> GABARDO, Eduardo. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 4 n2, maio/ago. 2017, p. 4 n2, p. 118-122.

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público São Paulo: Malheiros*, nº 26, 1999, p. 126.

<sup>29</sup> É importante considerar a compreensão aferida ao termo transcendental a partir da filosofia kantiana. A respeito, afirmam Billier e Maryoli: “(...) o homem é especificamente um ser sensível, ao inverso de Deus. Mas trata-se mesmo de partir do sensível, e não de nele permanecer: na Crítica da Razão Pura, o transcendental não está além do sensível, mas de preferência aquém do sensível, o que torna possível. Assim, para lembrar um raciocínio célebre, o espaço e o tempo são os quadros não sensíveis que tornam possíveis nossa percepção do mundo na sensibilidade. A ideia do transcendental está aí: é o que torna possível, é a condição de possibilidade”. BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 152.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

extrema relevância considerar que os direitos individuais constituem limites à atuação do Poder Público, de tal forma que, a partir da colisão entre o princípio da supremacia e a autonomia privada, por exemplo, a situação convocará a utilização de critérios objetivos como a ponderação e a proporcionalidade<sup>32</sup>.

Neste exercício interpretativo é importante que a moral subjetiva seja diferenciada de uma moral objetiva para que a segunda prevaleça, e assim sendo, de plano, a própria essência do princípio repila a conduta de invocar algum conteúdo pessoal para ferir direitos existenciais de outrem.

## 1.2 Direito Administrativo e a supremacia do interesse público como princípio fundamental

Intensificando o debate proposto, Harchem aponta que, no âmbito do Direito Administrativo, o interesse público é utilizado de acordo com duas noções diferentes, quais sejam: interesse público em sentido amplo e interesse público em sentido estrito.<sup>33</sup> Em seu sentido amplo, leva-

---

<sup>32</sup> GABARDO, Eduardo. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 4 n2, p. 95 a 130, maio/ago. 2017, p. 123.

<sup>33</sup> O interesse público em sentido amplo ostenta as seguintes características: (a) abrange todos os interesses juridicamente protegidos, na forma de direitos subjetivos ou de interesses legítimos, ficando de fora de seu espectro os interesses puros e simples e os interesses ilícitos, que configuram interesses privados; (b) nele estão incluídos o interesse geral (da coletividade em si mesma considerada) e os interesses específicos (individuais e coletivos) tutelados pelo ordenamento jurídico; (c) é determinado mediante um processo de elaboração normativa: (i) inicialmente pelo constituinte, que traça seus parâmetros essenciais ao proteger os valores mais fundamentais da sociedade; (ii) em seguida pelo legislador ordinário, que por meio da deliberação democrática qualifica como públicos determinados interesses, em consonância com os objetivos jurídico-políticos previamente estabelecidos pela Constituição; (iii) quando for o caso, pelo Poder Executivo, mediante o exercício da função regulamentar, nas hipóteses e nos limites do que dispõem as normas legais e constitucionais; (d) para sua consecução, não basta que a atividade administrativa fundamente-se em um comando jurídico: é preciso que essa atuação esteja em conformidade com a finalidade subjacente à norma, que justifica a atribuição de competência para a prática do ato, sob pena de anulação através da técnica do desvio de poder; (e) constitui uma condição negativa de validade dos atos administrativos, vinculados ou discricionários, pois proíbe que a Administração Pública aja em desconformidade com ele, abrindo ensejo, em tal situação, ao controle da atividade administrativa. Por sua vez, o interesse público em sentido estrito pode ser explicado da seguinte maneira: (a) diz respeito ao interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), que pode, no caso concreto, prevalecer sobre interesses específicos (individuais e coletivos) igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, nos termos definidos pelo Direito positivo; (b) deve ser identificado concretamente pelo Poder Público, nas hipóteses em que a norma jurídica exigir um interesse público qualificado para habilitar a sua atuação, através das seguintes formas: (i) explicitamente, quando se tratar de “interesse público como conceito legal” (utilização da expressão “interesse público” ou análogas pelo enunciado normativo); (ii) implicitamente, mediante a atribuição de uma competência discricionária; (c) quando utilizado para embasar juridicamente a ação administrativa, impõe a motivação expressa do ato, com a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejaram a sua prática, ficando o ato submetido a posterior controle jurisdicional para verificar a existência efetiva do interesse público; (d) funciona como uma condição positiva de validade da atividade estatal, pois exige que haja um interesse público especial para autorizar a Administração Pública a manejar determinadas prerrogativas, sem o qual a prática do ato não estará permitida. In: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 378.

se em consideração todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico, ou seja, “se o ato administrativo contrariar a finalidade da norma definida pelo sistema normativo, estará ofendendo o interesse público”. No entanto, em seu estrito sentido, “para revestir-se de validade, o ato administrativo só poderá ser praticado se existente esse interesse público qualificado”<sup>34</sup>.

Para Harchem<sup>35</sup>, a partir de diferentes noções acerca do conceito, a norma sob análise nem sempre determinará a supremacia do interesse público sobre o privado, ou seja:

O princípio realmente impõe uma primazia do interesse público: ora do interesse público em sentido amplo, ora do interesse público em sentido estrito. Todavia, o interesse que irá ceder nem sempre será o interesse privado: poderão ser os interesses específicos (individuais ou coletivos) amparados pelo Direito. Por conta disso, sugere-se denominar a norma em tela de “princípio constitucional da supremacia do interesse público”, com os propósitos de resolver o problema apontado e de pôr em relevo o patamar hierárquico-normativo do princípio, realçando a sua estatura constitucional<sup>36</sup>.

Assim, toda vez que o princípio constitucional da supremacia do interesse público determinar a prevalência do interesse geral sobre o individual ou ainda coletivo, os seguintes requisitos deverão ser observados para que o ato não seja eivado de vício e invalidado: (I) a existência de previsão legal que autorize e atribua competência à prática do ato; (II) fundamentação do ato, capaz de demonstrar a correspondência entre o fato e o interesse público exigido pela norma; (III) sujeição aos princípios da indisponibilidade dos interesses públicos, da proporcionalidade e da razoabilidade; (IV) nas hipóteses em que a incidência do princípio causar prejuízo considerável, o fornecimento de uma compensação, por bem jurídico equivalente ao interesse que houver sido afastado<sup>37</sup>.

Harchem em contraposição à parcela doutrinária que questiona tal legitimidade, representa a doutrina que defende o princípio constitucional da supremacia do interesse público como corolário da Administração, afirmando que o mesmo jamais sustentou a possibilidade de se aniquilar direitos subjetivos sob a alegação genérica e infundada de existência de um interesse público preponderante. O que se aceita, então, é o afastamento pontual de determinados interesses específicos, individuais ou coletivos, frente o interesse da coletividade e juridicamente respaldado no direito

---

<sup>34</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 379.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 379-380.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 380.

positivo<sup>38</sup>.

Nas palavras do supracitado autor, a relevância jurídica do princípio constitucional da supremacia do interesse público consiste em:

(...) legitimar juridicamente as disposições normativas que conferem ao Estado esses poderes especiais, instrumentais à consecução do interesse público. A inexistência do princípio importaria a impossibilidade de a Administração Pública fazer prevalecer, no caso concreto, o interesse geral (da coletividade em si mesma considerada) sobre os interesses específicos de modo a impor unilateralmente condutas aos sujeitos privados<sup>39</sup>.

A refutação teórica remete o intérprete a um saudável exercício de análise constante das bases teóricas da supremacia do interesse público, requerendo deste um olhar à luz dos postulados democráticos vigentes nas Constituições atuais, permeadas pelas exigências do modelo social do Estado de Direito, cuja nova realidade requer a releitura de determinados conceitos. Assim, compreender o fenômeno jurídico e as instituições políticas, de acordo com a realidade hodierna e os anseios sociais atuais, sem que para isso seja necessário refutar os avanços do passado por observá-los com as lentes do presente<sup>40</sup>.

## 2 O uso público da razão segundo Kant

Até o presente momento se buscou demonstrar como o debate acerca do interesse público como princípio corolário da Administração Pública e de suas áreas de estudo tem se mostrado um conceito importante dentre os teóricos da seara. Para além disso, também se almejou ratificar as celeumas conceituais sobre o que integraria tal princípio fundamental, em especial destacando a conflituosa relação entre interesses privados e gerais, bem como o desenrolar de tal lide no bojo do debate constitucional e legal que rege à Administração Pública em sentido amplo.

---

<sup>38</sup> HACHEM identifica que parte questiona a legitimidade do princípio constitucional da supremacia do interesse público, a partir de três eixos que elenca como: “a pretensa impossibilidade de enquadramento da supremacia do interesse público na categoria normativa de “princípio”; (ii) a suposta inutilidade prática do princípio; e (iii) o alegado perigo de legitimação de práticas autoritárias”. In: HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 380.

<sup>39</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 388-389.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 392.

Compete agora, nesse momento do estudo, desvelar uma possível ideia de desenvolvimento racional que embase a formação do conteúdo integrante do interesse público em nossa sociedade plural e constitucional. E mais, que permita que dentro do Estado Democrático de Direito possa se formar uma consciência acerca de um conceito de interesse público que esteja para além de elementos meramente subjetivos, ou ainda simplesmente impostos de maneira vertical pela Administração.

A saída de tal problemática, e a conseqüente construção teórica proposta, pode se dar, em nosso ver, através do uso público da razão, tal como proposto pelo filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804)<sup>41</sup>.

Nessa toada, Kant desenvolve suas ideias iluministas demonstrando que o esclarecimento dar-se-ia na medida que o homem abandonasse sua menoridade intelectual e, a partir de uma premissa de liberdade de pensamento, fizesse o uso de sua racionalidade, sobrepujando-se às forças dominadoras externas<sup>42</sup>.

Para bem ilustrar sua teoria, o filósofo faz uma diferenciação do uso racional em esfera pública e privada, *in verbis*:

Entendo, contudo, sob o nome de uso público de sua própria razão aquele que qualquer homem, enquanto sábio, faz dela diante do grande público do mundo letrado. Denomino uso privado aquele que o sábio pode fazer de sua razão em um certo cargo público ou função a ele confiado.<sup>43</sup>

A perspectiva kantiana desvenda uma importante concepção acerca da possibilidade de se submeter às regras superiores de conduta e regulação, todavia, ao mesmo tempo, manter-se como um indivíduo racionalmente ativo e que questiona as instituições postas, sem que para com isso seja necessário se portar de maneira totalmente contrária ao sistema estabelecido<sup>44</sup>.

Kant ainda aponta que o ser racional e esclarecido pode - e deve - agir ativamente na

---

<sup>41</sup> Kant se filia ao pensamento iluminista de seu tempo, apontando que a busca pelo esclarecimento (*Aufklärung*) dar-se-ia mediante o uso público da razão, que segundo ele seria distinta daquela exercida em âmbito privado. KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é “Esclarecimento”? In: Kant. Textos seletos Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 1-3.

<sup>42</sup> KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é “Esclarecimento”? In: Kant. Textos seletos Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 2.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

busca por críticas e reparos a possíveis defeitos das instituições vigentes, não em uma tentativa de reestruturação completa destas, mas sim afastando possibilidades de reiterar preconceitos ou se deixar guiar totalmente por opiniões e mandamentos exógenos à razão. O pensador traça um paralelo com a atuação dos grandes líderes religiosos, apontando que acerca das referidas instituições:

Estas últimas permaneceriam intactas, até que a compreensão da natureza de tais coisas se tivesse estendido e aprofundado publicamente, a ponto de tornar-se possível levar à consideração do trono, com base em votação, ainda que não unânime, uma proposta no sentido de proteger comunidades inclinadas, por sincera convicção, a normas religiosas modificadas, embora sem detrimento dos que preferissem manter-se fiéis às antigas.<sup>45</sup>

Ao continuar suas reflexões, Kant dialoga com conceitos de soberania e vontade popular, apontando que não deveria o povo decidir de maneira exclusiva sobre si mesmo, muito menos um grande líder como um monarca “poderia decidir sobre ele, pois sua autoridade legislativa repousa justamente no fato de reunir a vontade de todo o povo na sua”<sup>46</sup>.

Nesse diapasão, é possível perceber o conteúdo interrelacional que pode consubstanciar a tomada de decisões no ambiente público, destacando novamente a necessidade de não se relegar de maneira absoluta o conteúdo da força normativa estatal e social a um determinado indivíduo de maneira impositiva, permitindo assim o uso da racionalidade e da troca de conhecimento e vivências em diferentes níveis.

O raciocínio kantiano desvela o afinamento do uso público da razão em face dos anseios democráticos, bem apontando que é somente através dessa racionalidade que se faz possível pensar a legitimidade das ações, tornando-as objeto de reflexão e debate. No mais, a ênfase dada recai sobre os motivos e meios para a ação, além de seus efeitos percebidos a médio e longo prazo<sup>47</sup>.

Em uma instância mais elevada, tal modelo de uso da razão é uma valorosa forma de se introduzir no seio do Estado de Direito a possibilidade da formação de uma sociedade participativa e atuante que, de fato, transforme a realidade posta em uma jornada de esclarecimento e maioria intelectual.

---

<sup>45</sup> KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é “Esclarecimento”? In: Kant. Textos seletos Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 5.

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> MENEZES, Ronald do Amaral; LIMA NETO, Fernando Cardoso; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. Ouvidoria pública brasileira: reflexões, avanços e desafios / organizadores: Ronald do Amaral Menezes, Antonio Semeraro Rito Cardoso. – Brasília: Ipea, 2016, p. 86.

Nesse interim, passa-se a pensar as ações delatadas na sociedade a partir de uma premissa de legitimidade, conferida pela postura ativa dos cidadãos, que não apenas cumprem ordens e atos a eles impostos, mas também dialogam com eles, em um exercício reflexivo que se posiciona como método de efetivação da liberdade, cidadania e democracia, em seu sentido mais pleno. O uso público da razão, em sentido amplo, refere-se às motivações dos atos da administração, que evitam o arbítrio e a pluralidade de ações destituídas de lastro democrático.

### 3 O uso público da razão na formação do conceito de interesse público

Apresentadas as considerações mais amplas acerca do uso público da razão proposto por Kant, cumpre, no findar desse estudo, delimitar como essa pode contribuir para a formação do conceito de interesse público e representar uma saída crível para a indeterminação semântica e prática que sonda seu conteúdo.

Nesse afã, em prima face, faz-se valoroso frisar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, quando da atuação da Administração Pública, já carrega consigo um anátema atávico, qual seja, seu sopesamento em face dos interesses individuais que são constitucionalmente protegidos e fundamentais para nossa sociedade calcada na livre iniciativa, conclames liberais e modelo de produção capitalista.

Isto posto, também é importante para a formação conceitual do interesse público que os interesses privados sejam respeitados e se façam presente na ação social. Em outros dizeres, o equilíbrio entre pressupostos gerais de bem-comum devem, na medida do possível, serem preservados, em um sopesamento necessário para a formação de um Estado que consiga respeitar individualidades, mas ao mesmo promover interesses múltiplos e de busca por igualdade material de seus cidadãos.

Malgrado, a Administração Pública não pode se curvar de maneira irrestrita aos anseios individuais de seus administrados, nem de seus agentes, sob pena de pessoalizar relações que assim não podem ser, ou ainda, desequilibrar a ordem social em prol daqueles que, de alguma forma, possuam alguma representatividade política e hierárquica no sistema existente.

É importante que se perceba que o uso privado da razão, na perspectiva kantiana, corresponde a uma racionalidade que se destina a perseguir objetivos específicos de maneira pragmática, sem uma postura efetivamente crítica em face dos meios e efeitos a médio e longo prazo da ação –

fazendo prevalecer os objetivos de prazo curto e o cumprimento das tarefas dadas – tem sua importância em determinados momentos e atos da sociedade<sup>48</sup>.

Nessa vereda, é importante destacar:

Ainda que o uso público da razão possua uma relação de parentesco mais evidente com a democracia, o uso privado da razão também é parte constitutiva e indispensável para o exercício da governança democrática. Inclusive, no âmbito cotidiano das relações de poder, o uso privado da razão é um procedimento muito mais recorrente do que o uso público da razão. Isso não poderia acontecer de outro modo, afinal, se as instituições públicas se orientassem apenas pelo uso público da razão, não seria possível cumprir com eficiência as suas atribuições, isto é, não seria possível dar conta das diferentes demandas que são direcionadas a essas instituições. Nestes casos, o uso público da razão comprometeria a própria aplicabilidade da lei ou o oferecimento dos serviços públicos, que são a finalidade última das instituições públicas.<sup>49</sup>

Dessa forma, a realização irrestrita do uso público da razão na atuação da Administração Pública, sem algum elemento mediador e de equilíbrio, seja pelos seus agentes ou na resposta dada pelos administrados em face de seus atos, poderia gerar conflitos indissolúveis, em razão de uma dificuldade de consenso e críticas múltiplas que inevitavelmente adviriam da relação posta, em especial em sociedades múltiplas e dinâmicas, tal como a brasileira.

Mas, entretanto, o uso público da racionalidade pode se inserir na Administração através de diferentes formas válidas e práticas, que atinjam determinados níveis de consenso em uma perspectiva democrática e eficaz, em especial através da participação popular e da abertura para experiências, reflexões e vivências de todos:

Se, por um lado, o uso privado da razão é uma condição imprescindível para a gestão e atuação das instituições públicas, por outro, a governança democrática não pode ser reduzida a esse procedimento. A fim de preservar a sua qualidade democrática, as instituições públicas devem assegurar algum espaço para a autorreflexão crítica de seus propósitos e ações. Esse é o principal objetivo das ouvidorias públicas, a saber, o de contribuir para a formação de um espaço permanente de uso público da razão em meio ao predomínio do seu uso privado na máquina pública. No âmbito cotidiano de suas relações políticas, as instituições públicas têm condições reduzidas de quebrar o ciclo vicioso do uso privado da razão como forma de cumprir as suas atribuições ordinárias. Embora essas instituições tenham sido criadas com o propósito de servir ao bem

---

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> MENEZES, Ronald do Amaral; LIMA NETO, Fernando Cardoso; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. Ouvidoria pública brasileira: reflexões, avanços e desafios / organizadores: Ronald do Amaral Menezes, Antonio Semeraro Rito Cardoso. – Brasília: Ipea, 2016, p. 86-87.

público, as possibilidades de exercerem o tipo de reflexão e autoavaliação característicos do uso público da razão são limitadas. A ouvidoria, por meio de seu poder vinculante com a autoridade máxima e com os cidadãos, tem condições políticas e administrativas de associar a instrumentalidade da instituição com o propósito público característico de um regime democrático. Através de instituições como as ouvidorias, os cidadãos e os gestores públicos podem impor limitações e questionamentos ao imediatismo que regula o funcionamento das instituições do Estado. Assim, uma condição fundamental para o exercício pleno do poder vinculante das ouvidorias é a sua autonomia com relação à estrutura das instituições às quais elas estão relacionadas.<sup>50</sup>

Os autores citados apresentam uma possibilidade de uso público da razão através de práticas de participação popular opinativa. O exemplo dado encontra guarida nas ouvidorias públicas, verdadeiros espaços para que a perspectiva crítica dos administrados possa se fazer escutada e presente. Em linhas gerais, trata-se de uma possibilidade de inserir na Administração Pública a perspectiva do uso público da razão.

Todavia, para além da existência desse e de outros canais de comunicação, é importante que os ouvidores, bem como tantos outros agentes da Administração Pública, estejam aptos a receberem tais informações, tanto em âmbito técnico como subjetivo, em especial abraçando ideais éticos e de cidadania, permitindo assim um processo verdadeiro de comunicação dialógica e racional entre administradores e administrados<sup>51</sup>.

Para além, os próprios agentes da Administração Pública também devem ter uma postura crítica e ativa em face das atuações que lhes são conferidas, não se limitando a reproduzirem os atos a eles confiados de maneira acrítica ou não refletida. Nesse caso, também eles, enquanto cidadãos e igualmente os agentes realizadores das funções precípua da Administração – dentre elas a concretização do interesse público – devem fazer uso público da razão, se não revolucionando o sistema posto naquele instante, que seja trazendo a visão que lhes convém através de mecanismos oficiais comunicativos e opinativos.

Outrossim, como já fora apresentado, é a partir de tais conclames que se pode pensar uma mudança estrutural na ordem posta, destacadamente através da ascensão dos anseios populares

---

<sup>50</sup> MENEZES, Ronald do Amaral; LIMA NETO, Fernando Cardoso; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. Ouvidoria pública brasileira: reflexões, avanços e desafios / organizadores: Ronald do Amaral Menezes, Antonio Semeraro Rito Cardoso. – Brasília: Ipea, 2016, p. 87.

<sup>51</sup> LYRA, Rubens Pinto (Org.). Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate. Paraíba: Editora da UFPB, 2004, p. 252.

racionalizados e que emergirão a partir de uma premissa democrática posterior, tal como proposto por Kant<sup>52</sup>.

Desta forma, o interesse público não seria apenas a soma de interesses diversos, muito menos a imposição de desígnios de uma ordem dominante, seja política ou economicamente, mas sim uma formação conceitual dialógica, estabelecida a partir do uso público da razão em diferentes esferas e tendo por base distintos canais e ferramentas de comunicação.

Como já fora repisado, o exemplo dado pelos autores citados aponta as ouvidorias públicas como importantes mecanismos de efetivação do uso público da razão na esfera da Administração Pública, no entanto existem outras diversas maneiras desta se estabelecer, mormente por meio de estratégias que permitam a participação dos indivíduos na própria administração, seja emitindo seus juízos acerca de determinados atos, seja sugerindo mudanças que trariam melhorias ao sistema.

Ademais, também se faz valoroso que os agentes da Administração tenham suas críticas, pensamentos e apontamentos analisados e recepcionados de alguma forma por esta, vez que, assim como os administrados, são eles que carregam a experiência empírica e social dos atos em sua verve, de maneira que sua participação ativa junto aos atos administrativos aumentam a legitimidade e eficácia dos mesmos.

Trata-se, como se percebe, de um ciclo que se retroalimenta, em especial a partir do uso público, contínuo e múltiplo da razão em uma perspectiva crítica por parte de todos os envolvidos nos processos debelados pela Administração, sejam seus agentes ou administrados.

Nessa toada, o interesse público, de fato, se desloca da posição exógena e impositiva em que tradicionalmente se aloca, para um ponto de reconhecimento por parte dos indivíduos que, de alguma forma, percebem seus anseios – ou mesmo os interesses mais comuns possíveis da sociedade – serem considerados, ao menos em alguns atos da Administração.

Por óbvio que tal possibilidade carece de elementos diversos para sua efetividade, destacando-se a formação cultural, educacional e ética da sociedade, bem como a existência de ferramentas que realmente possibilitem que o uso público da racionalidade atinja, em alguma medida, o *trono*, tal como proposto por Kant.

---

<sup>52</sup> Kant aponta um desenvolvimento de cunho democrático em sua proposta, apresentando a possibilidade do soberano ter acesso aos anseios populares, estabelecendo, desta forma, uma possibilidade de legitimação dos atos administrativos, e ainda, a possibilidade de mudança de paradigma a partir de premissas populares. KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é “Esclarecimento”? In: Kant. Textos seletos Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 5.

*Ex positis*, o interesse público passa a atingir graus mais profundos de validade e legitimidade e, por conseguinte, transfere também tais características à própria Administração Pública e a seus atos. Noutra banda, não podemos olvidar a dificuldade de equilíbrio e acatamento às diversas razões que se lançam em sociedades plúrimas como a brasileira, o que, por óbvio, torna a incorporação destas por parte da Administração um ato complexo.

Todavia, esse é uma dificuldade inerente às democracias, sendo um desafio que necessita de enfrentamento por parte de todos, em uma busca constante pela participação popular e emancipação dos indivíduos na perseguição de suas liberdades e maioridades intelectuais, tal como bem apontou Kant em seus estudos.

## CONCLUSÃO

O presente estudo se dedicou a apresentar uma perspectiva crítica acerca da conceituação de interesse público como fundamento da atuação da Administração Pública. Buscou-se demonstrar como a vagueza semântica e conceitual de tal termo se torna um obstáculo para a realização de funções precípuas por parte do Estado, em especial aquelas destinadas à persecução do bem-comum.

Lado outro, tencionou-se enfrentar o caráter impositivo e exógeno dos atos da Administração que acabam por atingir a sociedade, retirando muitas vezes desta a possibilidade de reflexão ou posicionamento crítico em face dos atos postos. Tal percepção afasta o caráter emancipatório esperado de cidadãos livres e pensantes que, se não se rebelam diretamente contra o sistema dado, devem ao menos manter uma postura crítica ativa em face deste, exercendo suas liberdades e efetivando os conclames democráticos esperados.

Para fundamentar tal escopo desejado, apresentou-se como o uso público da razão, tal como proposto por Kant, se mostra como uma importante ferramenta para a emancipação dos administrados e dos próprios agentes das Administração, na medida em que estes passam a dispor de uma postura ativa e reflexiva diante dos atos realizados, pensando nos resultados e nos caminhos a longo prazo de tais feitos.

Buscou-se ademais apontar como algumas ferramentas de comunicação e de participação popular, incluindo os agentes administrativos, se mostram de extrema valia para que o uso público da razão atinja o bojo da Administração Pública e, dessa forma, passe a integrar em alguma

medida o que se espera definir como interesse público.

Nesse cariz, essa concepção se afina com os conclames democráticos do Estado Democrático de Direito, bem como estabelecem maior legitimidade e força normativa para os atos da Administração Pública, notadamente consubstanciada na supremacia do interesse público enquanto seu corolário.

Tal perspectiva possui elevada complexidade para sua efetivação, mormente em razão da existência de diferentes interesses cravados em modelos de sociedades heterogêneas, mostrando-se como um desafio para os tempos atuais, em decorrência da necessidade cada vez maior de direcionar esforços na formação de cidadãos críticos e emancipados, que compreendam de fato sua posição na sociedade, seja como ocupantes de funções na administração pública, seja como administrados que prezam pela efetividades das decisões tomadas e de políticas públicas que atendam aos interesses da coletividade.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005.

COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). *O interesse público*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*, nº 7, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 11-50, ene./abr.1952. p. 37

GABARDO, Eduardo. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 4 n2, p. 95 a 130, maio/ago. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. Revista Trimestral de Direito Público São Paulo: Malheiros, nº 26, 1999.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é “Esclarecimento”? In: Kant. Textos seletos Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 100-117.

LYRA, Rubens Pinto (Org.). Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate. Paraíba: Editora da UFPB, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: RT, 1964.

MENEZES, Ronald do Amaral; LIMA NETO, Fernando Cardoso; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito. Ouvidoria pública brasileira: reflexões, avanços e desafios / organizadores: Ronald do Amaral Menezes, Antonio Semeraro Rito Cardoso. – Brasília: Ipea, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1980.

SCHIER Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. ano 4 n 17. Belo Horizonte, 2004. P. 87-105.



## A ADEQUAÇÃO À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO PODER PÚBLICO: ANÁLISE DO CASO CONCRETO DE LONDRINA/PR

### ADEQUACY TO THE GENERAL DATA PROTECTION LAW IN PUBLIC AUTHORITIES: ANALYSIS OF THE CONCRETE CASE OF LONDRINA/PR

Danylo Fernando Acioli Machado<sup>1</sup>

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho<sup>2</sup>

Renata Capriolli Zocatelli Queiroz<sup>3</sup>

#### RESUMO

A criação de bancos de dados, a inteligência artificial e a popularização da internet potencializaram o tratamento dos dados pessoais. Desta forma, a proteção de dados pessoais tem sido pauta de legislações ao redor do mundo. A pesquisa foca na adequação do poder público à Lei Geral de Proteção de Dados. Considerando que as pessoas jurídicas de direito público, ao tratarem dados, são consideradas agentes de tratamento, a partir de revisão literária, pautado na construção teórico-científica, o trabalho analisa a implementação das regras de adequação com enfoque no poder público a partir da análise do caso concreto das ações da prefeitura de Londrina/PR. Conclui que, como um dos destinatários dessas normas, o Poder Público deve adotar as providências necessárias à completa adequação, de modo a permitir a efetiva aplicação da lei, tendo por finalidade, sobretudo, a mitigação de eventuais danos que vierem a ser causados aos titulares de dados pessoais e o equilíbrio entre os interesses dos indivíduos e da coletividade, demonstrando, por meio da análise do caso concreto de Londrina, alguns instrumentos práticos que viabilizaram a adequação no município.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei Geral de Proteção de Dados. Adequação. Poder Público Municipal. Londrina.

---

<sup>1</sup> Procurador Geral da Câmara Municipal de Apucarana. Especialista em Direito Civil, do Consumidor e Processo Civil pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC. Especialista em Direito Público Aplicado pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI. Mestrando em Direito e Tecnologia pelas Faculdades Londrina. E-mail: danyloaciolim@gmail.com.br.

<sup>2</sup> Procurador do Município de Londrina e Advogado. Especialista em Direito Constitucional e em Direito Municipal. Pós-Graduado em Direito Digital e Proteção de Dados. Procurador-Geral Adjunto de Gestão do Contencioso e Gerente de Licitações e Contratos da PGM-Londrina. Ex-Procurador-Geral do Município de Londrina. E-mail: sergio.oliveira@londrina.pr.gov.br.

<sup>3</sup> Professora Convidada do programa de Mestrado em Direito, Estado e Tecnologia das Faculdades Londrina. Professora Convidada na Universidade Estadual de Londrina. Professora Convidada no Instituto Filadélfia. Pós-Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP. E-mail: renataczqueiroz@gmail.com.

## ABSTRACT

The creation of databases, artificial intelligence and the popularization of the internet have enhanced the processing of personal data. In this way, the protection of personal data has been the agenda of legislation around the world. The research focuses on the adequacy of the public power to the General Data Protection Law. Considering that legal entities governed by public law, when processing data, are considered treatment agents, based on a literary review, based on theoretical-scientific construction, the work analyzes the implementation of adequacy rules with a focus on public power based on the analysis of the concrete case of the actions of the city hall of Londrina/PR. It concludes that, as one of the addressees of these norms, the Public Power must adopt the necessary measures for complete adequacy, in order to allow the effective application of the law, with the purpose, above all, of mitigating any damages that may be caused to the holders of personal data and the balance between the interests of individuals and the community, demonstrating, through the analysis of the specific case of Londrina, some practical instruments that made adaptation possible in the municipality.

**KEYWORDS:** General Data Protection Law. Adequacy. Municipal Public Authority. London.

## INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, tem como objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A lei traz uma série de regras de boas práticas e de governança, possibilitando aos agentes de tratamento o estabelecimento de condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Neste estudo, cuidar-se-á, a partir de revisão literária, pautado na construção teórico-científica, de um tema problemático, que diz respeito à adequação do poder público às exigências impostas pela LGPD.

A pesquisa foca na adequação do poder público à Lei Geral de Proteção de Dados. Considerando que as pessoas jurídicas de direito público, ao tratarem dados, são consideradas agentes de tratamento, a partir de revisão literária, pautado na construção teórico-científica, o trabalho analisa a implementação das regras de adequação com enfoque no poder público a partir da análise do caso concreto das ações da prefeitura de Londrina/PR.

Assim, o primeiro capítulo abordará os principais conceitos da LGPD e sua relevância para a ordenação jurídica brasileira.

O capítulo dois tratará da adequação dos órgãos públicos à LGPD, as necessidades e desafios atuais vividos pela administração. Para fins de verificação da aplicabilidade prática, o capítulo três analisará as medidas de adequação à LGPD implementadas na Administração Pública Municipal de Londrina/PR.

## I LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Inicialmente, insta trazer a lustre as nuances gerais da Lei Geral de Proteção de Dados para que, somente depois, seja possível discutir a sua necessária adequação ao Poder Público.

A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, doravante nominada apenas como LGPD, elenca a proteção aos dados pessoais enquanto objetivo, ressaltando que os dados a serem protegidos são aqueles fundamentais de liberdade, privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. É o que se encontra já no primeiro artigo da referida Lei<sup>4</sup>.

A proteção de dados almejada e buscada pela LGPD é precursora de um movimento que tornou os dados pessoais direito fundamental previsto no rol do artigo 5º, da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 115/2022, a qual incluiu o inciso LXXIX, prevendo que é assegurado o direito à proteção aos dados pessoais, inclusive nos meios digitais<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm) >. Acesso em: 12 mar. 2023.

<sup>5</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I ao LXXVIII - *omissis*

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) >. Acesso em: 12 mar. 2023.

Numa mesma senda, os dados pessoais, objeto da LGPD, foram reconhecidos como direito fundamental implícito antes da Emenda Constitucional susodita, conforme julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387 do ano de 2020, no qual restou estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal que, *in verbis*

A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, extraídos da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do *habeas data* (art. 5º, LXXII), previstos na Constituição Federal<sup>6</sup>.

Ora, destarte, tem-se que a proteção aos dados fundamentais compunha, antes da Emenda Constitucional 115/2022, o que se chama de bloco de constitucionalidade, posto que já era considerado materialmente constitucional e, com a emenda, tornou-se formalmente constitucional.

Surge, então, uma dúvida sobre o que seria dado pessoal; pergunta sanada pela LGPD, a qual traz o conceito legal em seu artigo 5º, incisos I, II e V, que abordam os dados pessoais enquanto informações da pessoa natural identificada ou identificável. Faz-se, ainda, uma divisão na qual se apresentam os dados pessoais sensíveis, tendo-se por sensíveis os dados que abordem origem, opiniões, dados biológicos, genéticos e outros que possam assim ser considerados. Necessário informar quem é o titular, o qual, segunda a norma, é a pessoa natural da qual fazem jus os dados<sup>7</sup>.

Marcelo Romão Marineli acerca da LGPD ensina que

A lei se aplica a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de

---

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387 MC-REF/DF**. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&text=.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2023.

<sup>7</sup> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

BRASIL. **Lei 13.709/2018**. Brasília. DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em 24 jun. 2022.

sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que (a) a operação de tratamento seja realizada no território nacional, (b) a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional, ou (c) os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional (art. 3º)<sup>8</sup>.

Deste modo, a LGPD mostra que o Brasil criou norma visando à garantia de proteção de dados pessoais, ou seja, passa a legislar de modo específico conforme realizado na Europa há décadas.

Tendo a noção perfunctória acerca da LGPD, insta mencionar sua razão de existir. Os dados não passaram a existir ou serem coletados após a Lei Geral. Em verdade, a coleta de dados existe desde os primórdios, seja pelo fornecimento do Cadastro de Pessoa Física numa compra de imóvel ou automóvel ou qualquer outra relação contratual em que se faz necessária a qualificação das partes.

Os dados pessoais são coletados diariamente. O problema que fez com que a Lei surgisse é a forma pela qual se dá o tratamento aos dados pessoais, posto que em alguns momentos os dados se tornaram o novo petróleo, conforme citou o jornal *The Economist*<sup>9</sup>, o qual assevera que o petróleo não é mais o recurso mais valioso do mundo, mas sim os dados pessoais.

Nesse aspecto, o professor Danilo Doneda, de saudosa memória, em artigo intitulado *A LGPD como elemento estruturante do modelo brasileiro de proteção de dados*, assim leciona:

A Lei Geral de Proteção de Dados, promulgada em 14 de agosto de 2018, é a primeira legislação compreensiva sobre a matéria no Brasil. Ela traz ao ordenamento jurídico pátrio uma série de elementos capazes de reordenar a abordagem que até então se tinha em termos de proteção de dados pessoais, direito à privacidade e outras liberdades individuais relacionadas, bem como as regras e procedimentos que devem passar a ser parte do cotidiano de empresas e organização que tratam dados pessoais<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> MARINELLI, Marcelo Romão. *Privacidade e redes sociais virtuais: sob a égide da Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet e da Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. 2. ed. Rev. atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 46.

<sup>9</sup> THE ECONOMIST (2017, may) *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*. Disponível em <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 12 mar. 2023.

<sup>10</sup> DONEDA, Danilo. *A LGPD como elemento estruturante do modelo brasileiro de proteção de dados*, p. 243. Lei Geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018) a caminho da efetividade: Contribuições para a implementação da LGPD / obra coletiva; Ricardo Villas Bôas Cueva. Danilo Doneda. Laura Schertel Mendes. Coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Nesse ponto, o autor deixa claro que a LGPD inaugura um novo sistema protetivo no país, servindo como vetor àqueles que tratam os dados pessoais, posto que a abordagem que vinha ocorrendo até aquele momento já não era mais tida como adequada.

A implementação da LGPD não foi e não é das mais simples. Pontua-se isso partindo da *vacatio legis* dupla adotada na promulgação da Lei. Tem-se que houve uma *vacatio* mais curta quanto à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, ANPD, e outra *vacatio* mais longa, de vinte e quatro meses, para o restante do texto normativo, a qual, inclusive, foi alterada após a publicação normativa<sup>11</sup>.

Por fim, acerca da LGPD, Opice Blum aborda que a origem da lei brasileira se dá pela inspiração na *General Data Protection Resolution*, GDPR, norma europeia editada em 2016. Conclui o autor supracitado que uma das principais qualidades da norma inspiradora é a previsão do consentimento prévio, tanto para a coleta como para o tratamento dos dados, ressaltando, ainda, que o responsável pelo tratamento deve ser capaz de demonstrar que o titular dos dados lhe deu o consentimento para a operação de tratamento e tem a ciência do consentimento dado e de seu alcance<sup>12</sup>.

Do exposto, quanto à LGPD, apontou-se, ainda que perfunctoriamente, o seu escopo, origem, razão de existir e inspiração normativa, razão pela qual é possível adentrar ao próximo tópico, qual seja, a implementação da LGPD junto ao Poder Público.

## 2 ADEQUAÇÃO NO PODER PÚBLICO

Enfrentadas as nuances primordiais acerca da Lei Geral de Proteção de Dados, impende iniciar a discussão sobre a necessária adequação do Poder Público à legislação, em especial por deter o Poder Público dados sensíveis em massa, os quais não fazem apenas parte do acervo deste, mas são dados tratados que merecem a devida cautela no seu manuseio.

---

<sup>11</sup> Art. 65. Esta Lei entra em vigor: (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019).

I - dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019).

I-A - dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54; (Incluído pela Lei nº 14.010, de 2020).

II - 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019).

<sup>12</sup> OPICE BLUM, Renato M. S., GDPR – General data protection: destaques da regra europeia e seus reflexos no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 994, p. 205-221, ago. 2018.

Tem-se que é indiscutível a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados e suas diretrizes ao Poder Público, em especial pela previsão normativa contida no parágrafo único do artigo 1º, da lei supracitada, o qual, além de estabelecer que as diretrizes trazidas pela lei são de interesse nacional, também prevê que as normas devem ser observadas pelos entes da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o que corrobora com o *caput*, posto que este já estabelece que a Lei aborda o tratamento de dados pessoais, inclusive por pessoa jurídica de direito público<sup>13</sup>.

Desta forma, ultrapassada a discussão sobre a aplicabilidade da LGPD ao Poder Público, tem-se que é necessária a ponderação acerca da implementação da Lei à Administração Pública, a qual não está alheia à nova realidade. Em que pese a ausência de bibliografia, buscar-se-á apresentar ao leitor o que se faz necessário ao Poder Público e, no próximo capítulo, será apresentada a regulamentação trazida pelo Município de Londrina, Estado do Paraná.

O capítulo IV da Lei Geral de Proteção de Dados estabelece as diretrizes sobre o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, de modo tal que o artigo 23, III, prevê que a Administração Pública deve indicar um encarregado quando realizar operações de tratamento de dados pessoais e, ainda, informar as hipóteses em que realiza o tratamento dos dados pessoais, indicando as informações de maneira clara e atualizada sobre qual a previsão legal, finalidade, procedimento e práticas para a execução do tratamento de dados, respeitando o atendimento da finalidade pública na persecução do interesse público<sup>14</sup>.

O respeito às normas estabelecidas na LGPD é necessário e, em caso de desrespeito à legislação, compete à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, doravante nominada como ANPD, promover as medidas cabíveis, em especial a de encaminhar informe com as medidas necessárias para

---

<sup>13</sup> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2023.

<sup>14</sup> Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:

I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;

III - seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei.

Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2023.

fazer cessar a violação à norma. Cabe, ainda, à ANPD solicitar, quando for o caso, aos agentes públicos a publicação de relatórios de impacto à proteção dos dados pessoais, bem como apresentar e orientar a adoção de medidas e boas práticas para o tratamento realizado pelo Poder Público<sup>15</sup>.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados, mencionada no parágrafo anterior, é autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, conforme estabelece o artigo 55-A, da LGPD, sendo que a esta competem todas as condutas previstas no artigo 55-J, entre elas, a de fiscalizar a aplicação da lei geral, aplicar as penalidades cabíveis e, ainda, comunicar às autoridades competentes eventuais infrações criminais, das quais tiver conhecimento, quando for o caso<sup>16</sup>.

Quanto à necessidade de implementação da Lei Geral de Proteção de Dados pelo Poder Público, tem-se que a finalidade de tal implementação é regulamentar e mitigar eventuais danos causados pelo tratamento indevido de dados pela Administração Pública.

Tendo em vista a enorme carga de dados pessoais que a Administração Pública possui, o Estado do Paraná, a título de exemplo, utilizando-se da Controladoria Geral do Estado – CGE, editou manual de implementação da LGPD, dividindo as etapas para a implementação, a qual se dá por meio do mapeamento de dados, levantamento de riscos, elaboração de relatório de impacto à proteção de dados – RIPD, criação de políticas de privacidade de dados, tratamento de incidentes e adaptação dos documentos externos e internos. Cria-se uma política de privacidade de dados e, em seguida, uma para o tratamento de incidentes, estabelecem-se canais de comunicação, designa-se o encarregado de dados, capacitam-se, via treinamento, as equipes que tratam os dados pessoais e, por fim, faz-se espécie de *compliance* voltado à LGPD<sup>17</sup>.

O Poder Público, quando sopesa acerca da implementação da Lei Geral de Proteção de Dados e a forma como ela se dará, deve levar em consideração que há uma tensão entre o interesse individual, inclusive direito fundamental, e o interesse da coletividade, tendo em vista que muitos dados

---

<sup>15</sup> Art. 31. Quando houver infração a esta Lei em decorrência do tratamento de dados pessoais por órgãos públicos, a autoridade nacional poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar a violação.

Art. 32. A autoridade nacional poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público.

Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2023.

<sup>16</sup> Art. 55-A. Fica criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com patrimônio próprio e com sede e foro no Distrito Federal.

Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2023.

<sup>17</sup> PARANÁ. Governo do Estado do Paraná. **Manual de Implementação Da LGPD**. Controladoria Geral do Estado do Paraná. Pág. 8-17. Disponível em < [https://www.cge.pr.gov.br/sites/default/arquivos\\_restritos/files/documento/2021-06/manual\\_implementacao\\_lgpd.pdf](https://www.cge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2021-06/manual_implementacao_lgpd.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2023.

são necessários para garantir a transparência. Mas a forma de publicização deve respeitar os princípios contidos na LGPD. Neste ínterim, necessária a implementação de boas práticas no tratamento pela Administração, bem como o sopesar entre os interesses individuais e coletivos, conforme leciona Cristiano Colombo, quando da análise de *leading cases* e critérios para a implementação da LGPD, *in verbis*.

Neste sentido, é que a tensão entre o interesse individual do titular de dados pessoais e o interesse da coletividade devem ser sopesados, observando os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados, como critérios a serem adotados. A partir da análise das decisões judiciais e, à luz da Lei Geral de Proteção de Dados pessoais, é possível considerar que: a um, o salto do meio físico para o digital, acelerou a possibilidade de processamento, cruzamento de dados, propulsando a tomadas de decisões automatizadas e a criação de perfis; a duas, na utilização de dados pessoais pelo Poder Público, devem ser observados os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, sobretudo, princípios da finalidade, da transparência, da segurança, proporcionalidade e do princípio da minimização; a três, na linha da decisão da ADI 6389, mesmo em se tratando de questões estatísticas, devem ser apontadas as finalidades, delimitando o mecanismo técnico ou administrativo a proteger os dados pessoais, buscando a implementação de boas práticas, pela administração pública<sup>18</sup>.

Do que se afere, nota-se a imperiosa necessidade de participação da estrutura administrativa permanente para a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados. Ao menos, o primeiro passo para a adequação à legislação seria a criação de uma estrutura que faz a gestão permanente de proteção dos dados pessoais. É nesse sentido que ensinam Cunda e outros:

Após detida análise da legislação e estudos da experiência de diversos órgãos e instituições na implantação da Lei, conclui-se que o primeiro passo, para se promover a adequação à nova legislação, é a criação, em norma interna, da estrutura que fará a gestão permanente da proteção de dados pessoais, com a definição das figuras do controlador e do encarregado, bem como a instituição de um grupo permanente de gestão – subordinado ao controlador -, com atribuições para deliberar e executar a política de proteção de dados. A esse grupo permanente (geralmente denominado de “comitê” ou de “comissão”), com a participação do encarregado, caberá a efetiva implantação da nova política de proteção de dados pessoais, seu acompanhamento, a elaboração do inventário de dados pessoais e do relatório de impacto à proteção de dados pessoais, o tratamento de incidentes, a gestão de demandas de informação, a adequação dos processos de governança corporativa, a revisão documental com a melhoria de procedimentos e fluxos

<sup>18</sup> COLOMBO, Cristiano. *Decisões Automatizadas pela Administração Pública: Diálogos entre Leading Cases e Critérios para sua Implementação à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados*. P. 65. Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público / organizadores: Daniela Copetti Cravo; Daniela Zago Gonçalves da Cunda; Rafael Ramos. – Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena; Centro de Estudos de Direito Municipal, 2021. 223 p. disponível em <[https://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu\\_doc/ebook\\_lgpd\\_e\\_poder\\_publico\\_23052021.pdf](https://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/ebook_lgpd_e_poder_publico_23052021.pdf)>. Acesso em 16 mar. 2023.

internos e externos e, como resultado desse trabalho, promover a mudança de cultura no tratamento de dados pessoais<sup>19</sup>.

Destarte, tem-se que a adequação do Poder Público à Lei Geral de Proteção de Dados é necessária, respeitando-se os princípios basilares da transparência, segurança, proporcionalidade, sem, por óbvio, desrespeitar o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Há diretrizes exaradas pelo Poder Público para que seja possível a implementação da norma federal nas esferas dos entes federativos, tendo sido citadas norma do Estado do Paraná e análise de artigos que versaram sobre casos paradigma e até análise sobre a aplicação em tribunais de contas. Não cabe ao artigo exaurir a matéria, mas trazer a provocação ao leitor da importância da adequação à norma pela Administração Pública. Ademais, passa-se à análise da busca pela adequação e implementação realizada especificamente no município de Londrina, Estado do Paraná.

### 3 ANÁLISE DO CASO CONCRETO DO MUNICÍPIO DE LONDRINA/PR

No âmbito do Município de Londrina, as providências administrativas visando a uma futura “implementação” da LGPD foram iniciadas com a criação, por meio do Decreto Municipal nº 1052, de 10 de setembro de 2020, de um grupo de trabalho intersecretarial (GTI/LGPD), “com a finalidade de realizar estudos para a articulação de projetos e ações a serem implantadas pela Administração Pública Municipal, suas autarquias, empresas públicas e de economia mista, fundações e demais entes a ela vinculados, com vistas a cumprir as disposições da Lei Federal 13.709, de 14 agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD)”.

Esse grupo foi composto por servidores da Procuradoria-Geral do Município, Corregedoria-Geral, Controladoria-Geral, Ouvidoria-Geral, Secretaria Municipal de Fazenda, Secretaria Municipal de Gestão Pública, Secretaria Municipal de Recursos Humanos e Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Tecnologia. Também foi autorizada a participação de representantes de

---

<sup>19</sup> CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da; RAMOS, Letícia Ayres; LOUREIRO, Roberto Debacco; SIMIONI, Denizar. *A Proteção e a Transparência de Dados sob a perspectiva dos Controles Externo e Social e a Governança Digital*, p. 206. Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público / organizadores: Daniela Copetti Cravo; Daniela Zago Gonçalves da Cunda; Rafael Ramos. – Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena; Centro de Estudos de Direito Municipal, 2021. 223 p. disponível em <[https://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu\\_doc/ebook\\_lgpd\\_e\\_poder\\_publico\\_23052021.pdf](https://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/ebook_lgpd_e_poder_publico_23052021.pdf)>. Acesso em 16 mar. 2023.

entidades da sociedade civil e demais entidades públicas e privadas. As reuniões de trabalho foram iniciadas em setembro de 2020 e estenderam-se até o mês de dezembro.

Após, verificou-se a necessidade de melhor conhecer a realidade dos órgãos e entes municipais quanto à efetiva realização de tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis, de modo a avaliar quais seriam as medidas de adequação para o cumprimento das normas previstas na LGPD. Assim, os órgãos e entes da Administração Municipal foram instados a responder o questionário que possuía o objetivo de mapear o tratamento de dados na administração pública municipal de Londrina.

Com as respostas, de forma geral, foi possível confirmar que todos os órgãos e entes da Administração Municipal, direta ou indiretamente, em menor ou maior grau, valem-se de dados pessoais e/ou de dados pessoais sensíveis para o cumprimento das suas atribuições legais e execução das políticas públicas que lhes são afetas.

Diante dessa constatação, concluiu-se que era necessário capacitar os servidores públicos municipais acerca da nova lei, de modo que os seus objetivos principais, quais sejam, a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, pudessem ser alcançados, evitando-se a ocorrência de danos aos titulares de dados e, por consequência, a responsabilização da administração pública municipal.

Nessa linha, uma primeira medida foi elaborar um *Guia para os Servidores Públicos Municipais*, abordando, numa linguagem acessível, os principais pontos e conceitos da lei, visando a facilitar sua compreensão e, por consequência, sua aplicação.

Considerando as regras da LGPD voltadas às pessoas jurídicas de direito público (arts. 23 a 32) e visando a futura regulamentação da política de proteção de dados pessoais no âmbito municipal, foi elaborada minuta de Decreto, meio do qual se propunha a adoção de algumas medidas essenciais ao regular cumprimento da LGPD no âmbito municipal.

Uma das sugestões foi que a atividade de 'Encarregado da proteção de dados pessoais', no âmbito da administração municipal direta, fosse exercida pelo Ouvidor-Geral do Município, haja vista a maior proximidade das suas funções com o tema em questão e, também por ser, dentro da estrutura administrativa, o responsável por zelar pela aplicação e cumprimento das regras previstas na Lei de Acesso à Informação.

Por fim, independentemente da definição da pessoa escolhida para exercer a função de Encarregado da Proteção de Dados no Município, o importante é que existisse uma estrutura

necessária à execução satisfatória do seu mister. Do ponto de vista institucional, o investimento em infraestrutura de TI e segurança cibernética se mostrava essencial para evitar invasões e vazamento de dados, sem prejuízo da constante conscientização e treinamento dos servidores, visando reduzir os riscos de situações que possam gerar danos não só aos titulares dos dados pessoais, mas sobretudo ao próprio Município e ao interesse público.

Posteriormente, deu-se a publicação do Decreto nº 214, de 24 de fevereiro de 2021, que regulamenta a política de proteção de dados pessoais no âmbito do Município de Londrina, bem como instituiu regras específicas complementares às normas gerais estabelecidas pela LGPD.

Nessa ocasião, o Chefe do Executivo, acatando a sugestão do Grupo de Trabalho, designou o Ouvidor-Geral do Município para exercer a função de Encarregado da proteção de dados pessoais, para os fins do art. 41 da LGPD.

O mesmo decreto também alterou a nomenclatura e a composição da então Comissão Municipal de Acesso à Informação, criado pelo Decreto nº 712, de 11 de junho de 2015, que passou a se denominar Comissão Municipal de Acesso à Informação e *Proteção de Dados Pessoais*, com competência para se manifestar sobre questões relativas à proteção de dados pessoais, quando instada pelo encarregado da proteção de dados pessoais e, também, decidir recursos apresentados contra decisão proferida em pedido relativo a proteção de dados pessoais.

Por fim, em 8 de abril de 2021 foi publicado o Decreto nº 393, instituindo o Comitê Executivo de Proteção de Dados, vinculado à Ouvidoria-Geral do Município, composto por representantes da própria Ouvidoria-Geral, da Procuradoria-Geral, da Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Tecnologia e da Secretaria Municipal de Gestão Pública, com competência para: a) avaliar os mecanismos de tratamento e de proteção dos dados pessoais existentes e propor políticas, estratégias e metas para a conformidade do Município com as disposições da LGPD; b) formular princípios e diretrizes para a gestão de dados pessoais e propor sua regulamentação, em consonância com as boas práticas estabelecidas pelas instituições aplicáveis; c) supervisionar a execução dos planos, dos projetos e das ações aprovados pelo Comitê para viabilizar a implantação das diretrizes previstas na LGPD; d) prestar orientações sobre o tratamento e a proteção de dados pessoais de acordo com as diretrizes estabelecidas na LGPD e no regulamento municipal; e d) realizar eventos, organizar cursos e apresentar estudos para capacitar e para orientar os agentes públicos municipais, difundindo conhecimento especializado sobre a LGPD.

## CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados regula o tratamento dos dados pessoais, com o intuito de concretizar o direito à sua proteção, alçado à categoria de direito fundamental dos cidadãos, assim como os direitos de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, conforme prevê a Constituição Federal.

Suas regras se aplicam a todas as operações de tratamento realizadas por pessoas naturais ou por pessoas jurídicas, de natureza pública ou privada. Como um dos destinatários dessas normas – até por expressa disposição legal –, o Poder Público deve adotar as providências necessárias à completa adequação, de modo a permitir a efetiva aplicação da lei, tendo por finalidade, sobretudo, a mitigação de eventuais danos que vierem a ser causados aos titulares de dados pessoais e o equilíbrio entre os interesses dos indivíduos e da coletividade.

Dentre tais providências, encontra-se a indicação de um encarregado de proteção de dados, o investimento em tecnologia e segurança da informação, a adoção de medidas de boas práticas e a capacitação dos servidores públicos.

No caso concreto do Município de Londrina, as providências administrativas para adequação e cumprimento da LGPD tiveram início com a criação de grupo de trabalho multidisciplinar, cuja tarefa era iniciar os estudos e propor medidas de adequação.

Além da elaboração de um guia para os servidores públicos municipais, propôs-se minuta de Decreto Municipal, bem como a adoção de algumas medidas essenciais ao regular cumprimento da LGPD. Posteriormente, foi indicado um Encarregado de Proteção de Dados, inserido na estrutura da Ouvidoria-Geral do Município.

Por fim, mediante a publicação de Decreto, foi instituída a política municipal de proteção de dados pessoais, além de criados órgãos responsáveis por auxiliar o Encarregado, decidir requerimentos dos titulares de dados em grau de recurso, avaliar os mecanismos de tratamento e de proteção dos dados pessoais existentes, propor políticas, estratégias e metas para a conformidade do Município com as disposições da LGPD, formular princípios e diretrizes para a gestão de dados pessoais, supervisionar a execução dos planos, dos projetos e das ações voltadas à implantação das diretrizes previstas na LGPD, prestar orientações sobre o tratamento e a proteção de dados pessoais de acordo com as diretrizes estabelecidas na LGPD e no regulamento municipal, dentre outras competências.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Brasília. DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em 24 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387 MC-REF/DF. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&text=.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2023.

COLOMBO, Cristiano. Decisões Automatizadas pela Administração Pública: Diálogos entre *Leading Cases* e Critérios para sua Implementação à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. P. 65. Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público / organizadores: Daniela Copetti Cravo; Daniela Zago Gonçalves da Cunda; Rafael Ramos. – Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena; Centro de Estudos de Direito Municipal, 2021. 223 p. disponível em <[https://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu\\_doc/ebook\\_lgpd\\_e\\_poder\\_publico\\_23052021.pdf](https://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/ebook_lgpd_e_poder_publico_23052021.pdf)>. Acesso em 16 mar. 2023.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da; RAMOS, Letícia Ayres; LOUREIRO, Roberto Debacco; SIMIONI, Denizar. A Proteção e a Transparência de Dados sob a perspectiva dos Controles Externo e Social e a Governança Digital, p. 206. Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público / organizadores: Daniela Copetti Cravo; Daniela Zago Gonçalves da Cunda; Rafael Ramos. – Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena; Centro de Estudos de Direito Municipal, 2021. 223 p. disponível em <[https://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu\\_doc/ebook\\_lgpd\\_e\\_poder\\_publico\\_23052021.pdf](https://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/ebook_lgpd_e_poder_publico_23052021.pdf)>. Acesso em 16 mar. 2023.

DONEDA, Danilo. A LGPD como elemento estruturante do modelo brasileiro de proteção de dados, p. 243. Lei Geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018) a caminho da efetividade: Contribuições para a implementação da LGPD / obra coletiva; Ricardo Villas Bôas Cueva. Danilo Doneda. Laura Schertel Mendes. Coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LONDRINA. Decreto nº 1052/2020, p. 4. Disponível em: <https://portal.londrina.pr.gov.br/images/stories/jornalOficial/Jornal-4158-Assinado-Pdf.pdf> Acesso em: 21 mar. 2023.

LONDRINA. Decreto nº 214/2021, p. 5. Disponível em: <https://portal.londrina.pr.gov.br/images/stories/jornalOficial/Jornal-4289-Assinado-Pdf.pdf> Acesso em: 21 mar. 2023.

LONDRINA. Decreto nº 393/2021, p. 12. Disponível em: <https://portal.londrina.pr.gov.br/images/stories/jornalOficial/Jornal-4321-Assinado-Pdf.pdf> Acesso em: 21 mar. 2023.

MARINELI, Marcelo Romão. Privacidade e redes sociais virtuais: sob a égide da Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet e da Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 2. ed. Rev. atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 46.

OPICE BLUM, Renato M. S., GDPR – General data protection: destaques da regra europeia e seus reflexos no Brasil. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 994, p. 205-221, ago. 2018.

PARANÁ. Governo do Estado do Paraná. Manual de Implementação Da LGPD. Controladoria Geral do Estado do Paraná. Pág. 8-17. Disponível em <[https://www.cge.pr.gov.br/sites/default/arquivos\\_restritos/files/documento/2021-06/manual\\_implementacao\\_lgpd.pdf](https://www.cge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2021-06/manual_implementacao_lgpd.pdf)>. Acesso em: 16 mar. 2023.

THE ECONOMIST (2017, may) The world's most valuable resource is no longer oil, but data. Disponível em <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 12 mar. 2023.



## A EFICÁCIA SOCIAL DA TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO POSITIVO E AS CIÊNCIAS AMBIENTAIS

### *THE ENVIRONMENTAL TAXATION'S SOCIAL EFFECTIVENESS: NECESSARY APPROXIMATION BETWEEN THE LAW AND THE ENVIRONMENTAL SCIENCES*

Fellipe Cianca Fortes<sup>1</sup>

Marlene Kempfer<sup>2</sup>

#### RESUMO

Analisa a contribuição de intervenção sobre o domínio econômico como instrumento estatal de proteção do meio ambiente. Investiga as características que deve revestir este tributo para que seja socialmente eficaz na proteção ambiental. Defende a necessidade deste tributo ser de competência da União e possuir caráter federativo, com participação de todos os Entes Federativos em seu processo decisório, como forma de adequá-lo à racionalidade, às escalas e o tempo dos sistemas ambientais, que não correspondem com a racionalidade e as fronteiras jurídicas. Defende também a necessidade da participação da sociedade civil na conformação e na gestão deste tributo, na medida em que a sua instituição e regulamentação, especialmente no que diz respeito às materialidades a serem tributadas, devem dialogar com o conhecimento oriundo das ciências do meio ambiente e devem ser precedidas de estudos técnicos que identifiquem as mazelas ambientais a serem combatidas, sob pena de ser desconexo da realidade social e não ser efetivo para a proteção ambiental. Sugere que a instituição da Contribuição Ambiental seja acompanhada da criação de um Comitê Gestor, órgão composto por representantes da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e do CONAMA, com competência normativa para regulamentar a materialidade tributária estabelecida em lei a partir de estudos técnicos, que identificam, empiricamente, setores, atividades econômicas, produtos, localidades, dentre outros, que demandam intervenção estatal para proteção ambiental, bem como com competência para gerir o produto da arrecadação, destinando-o aos projetos ecológicos apresentados pelos Entes participantes. Ainda, analisa a compatibilidade do Comitê Gestor, enquanto órgão regulamentador, ao Princípio da Legalidade Tributária, à luz de precedentes do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Especialista em Direito Tributário pelo IBET e Mestre e Doutorando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. É advogado e professor conferencista do Curso de Especialização em Direito Tributário do IBET. Atua principalmente na área de contencioso administrativo fiscal.

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1981), mestrado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995) e doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Atualmente é professora associada AC-C na Universidade Estadual de Londrina, atuando na graduação, especialização e no Mestrado e Doutorado em Direito Negocial. Atua na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário, Administrativo, Constitucional e Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Tributação Ambiental. Ciências Ambientais. Eficácia Social. Princípio da Legalidade Tributária.

#### ABSTRACT

The study analyzes the contribution of intervention in the economic domain as an instrument available to the State to be used for the environment's protection. It investigates the characteristics that this tax must have in order for the environmental protection became socially effective. It defends that this tax, which is under the Union's tax competence, should have a federative characteristic, with the participation of all the Federative Entities in its decision-making process, as a way of adapting it to the rationality, scales and time of environmental systems, which do not correspond to the rationality and legal boundaries. It also defends the need for participation of the civil society in the creation and the management of this tax, insofar as its institution and regulation, especially with regard to the facts to be taxed, must dialogue with the knowledge derived from the environmental sciences and must be preceded by technical studies that identifies the environmental ills to be combated, under penalty of being disconnected from social reality and not being effective for environmental protection. Suggests that the institution of the Environmental Contribution be accompanied by the creation of a Management Committee, a body composed of representatives of the Union, States, Federal District, Municipalities and CONAMA, with normative competence to regulate the facts to be taxed established by law, based on technical studies that empirically identify sectors, economic activities, products, locations, among others, that requires state intervention for environmental protection, as well as competence to manage the proceeds from the collection, allocating it to ecological projects presented by the participating Entities. It also analyzes the compatibility of the Management Committee, as a regulatory body, with the Principle of Tax Legality, in the light of precedents of the Federal Supreme Court.

**Keywords:** Environmental Taxation. Environmental Sciences. Social Effectiveness. Principle of Tax Legality.

#### INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente foi juridicamente reconhecido como bem de uso comum do povo e erigido à categoria de direito fundamental transindividual. O dever de preservá-lo e protegê-lo é do Estado e da coletividade, conforme dispõem os arts. 225 e 170, VI.

As atuais proteções constitucionais outorgadas ao meio ambiente, de precaução,

prevenção e reparação, permitem afirmar que estão presentes as condições jurídicas para um Estado Democrático e Ambiental de Direito no Brasil, que devem fundamentar toda a ordem jurídica interna. Contudo, infelizmente, a normatividade vigente não é respeitada em aspectos relevantes e os bens ambientais, tão essenciais para promover qualidade de vida, não dispõem da proteção necessária.

O direito positivo brasileiro reúne um conjunto normativo que traz tutela jurídica ambiental prévia à ação humana nos planos da precaução e prevenção e posterior ao dano no plano da reparação.

O controle estatal na etapa da precaução tem-se a hipótese de desconhecimento ou fundadas dúvidas científicas sobre os efeitos que determinada conduta poderá causar ao meio ambiente e as (im)possibilidades de reparação para o *status quo ante*. Nesta hipótese, deve-se proibir a conduta. No plano da prevenção, há conhecimento científico sobre as interferências e consequências destas condutas em relação ao meio ambiente, o que possibilita estabelecer, por meio normativo, as condutas obrigatórias e/ou proibidas necessárias para controle preventivo. Por fim, diante de condutas que causaram danos, entre as sanções previstas, tem-se a de reparação.

Em quaisquer destas vertentes, precaução, prevenção e reparação, é imprescindível que as normas jurídicas conduzam as condutas humanas a partir do conhecimento já construído pelas diversas ciências sobre o sistema e subsistemas da Terra. A compreensão das racionalidades que compõem os ecossistemas do planeta Terra, da resiliência, das suas diferentes escalas e tempos, dentre outros, é fator essencial para a efetividade de todas as normas jurídicas de caráter ambiental. Será inócuo, por exemplo, lei fixar limites legais para a emissão de gases de efeito estufa na atmosfera se estes limites são superiores, em escala e tempo, à capacidade do planeta de absorvê-los sem causar degradação ou poluição.

No contexto de um ordenamento ambiental, é necessário construir soluções que dialoguem com aqueles conhecimentos além dos jurídicos e socioeconômicos para que o conjunto normativo alcance o objetivo de conduzir condutas essenciais para o Estado Democrático e Ambiental de Direito: promover sadia qualidade de vida. Para tanto, a convivência humana, nas suas múltiplas relações, deverá ocorrer em harmônica com a Terra e todos os seus subsistemas. A eficácia social destas normas jurídicas será alcançada quando as condutas humanas regradas ou não pelo Direito respeitarem a racionalidade, a moral e a ética ambiental.

Em um Estado Ambiental, o poder público deve tomar para si o protagonismo das tutelas referidas e adotar políticas que visem promover o desenvolvimento socioeconômico e ambiental sustentáveis. Nessa linha, aponta-se que a tributação ambiental é um relevante instrumento para tais desideratos, na medida em que, (i) sua característica fiscal permite arrecadar recursos para investimentos

em políticas públicas ecológicas; (ii) sua característica extrafiscal permite promover condutas ambientalmente desejáveis e desestimular o consumo de recursos naturais a serem preservados, (iii) é apta a internalizar os custos ambientais na atividade econômica do agente degradante/poluidor e repassá-los ao consumidor destes produtos e serviços (repercussão econômica) e (iv) permite atingir tanto as condutas ambientalmente lícitas, quanto ilícitas, qualificadas de mais alto potencial de agressão ambiental.

O tema da tributação ambiental, porém, tem ainda um desafio: compatibilizar o instituto jurídico tributo, cuja natureza é sobremaneira rígida e estritamente dependente de lei, com as especificidades do sistema da natureza, de modo que o exercício da competência tributária contribua para a justiça tributária e ambiental.

A presente pesquisa objetiva suscitar e enfrentar questões atinentes à tributação ambiental relativas à sua efetividade enquanto instrumento de promoção de condutas sustentáveis e de arrecadação de recursos para realizar políticas públicas dirigidas à precaução, prevenção e reparação, com fundamento nos conhecimentos que compõem as Ciências do Meio Ambiente. Estes poderão auxiliar para resultados eficientes diante da realidade cada vez mais explícita de eventos climáticos extremos e de suas consequências a atingir pessoas, em sua maioria vítimas das desigualdades sociais.

A pesquisa é exploratória e descritiva, bibliográfica e documental, com análise de obras, artigos jurídicos e legislação, aplicando-se o método de abordagem dedutivo.

## 1. INEFETIVIDADE AMBIENTAL DOS ATUAIS MODELOS DE TRIBUTAÇÃO VERDE

O art. 225 da Constituição Federal<sup>3</sup>, ao instituir a ordem jurídica ambiental, que tem por objeto o bem de uso comum do povo denominado meio ambiente, garantiu o direito fundamental de todo e qualquer cidadão de usufruir desse bem em uma condição ecologicamente equilibrada. Enquanto bem comum, o meio ambiente está à disposição para uso e gozo coletivo. Esse direito não é irrestrito, pois a Constituição, simultaneamente, impõe dever de defender, preservar e reparar, o que se dá tanto por meio de normas jurídicas repressivas que obrigam e proíbem, quanto por normas jurídicas promocionais no campo da permissão. Estas pretendem influenciar a realização de condutas apontadas pelo ordenamento

---

<sup>3</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

jurídico, encorajando-as, com promessa de benefícios ao sujeito cumpridor da norma.

A competência tributária é apontada como um dos instrumentos à disposição do poder público para promover a tutela ambiental. Para tanto, o tributo, definido pelo art. 3º do Código Tributário Nacional como a “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” (BRASIL, 1966), possibilita a imposição de carga tributária sobre atividades e produtos que, embora lícitos, sejam indesejadas em um dado contexto ecológico.

A tributação ambiental não é uma ideia nova. Na França, em 1964, foi instituído um tributo incidente sobre a emissão de efluentes e o consumo de água, com destinação do produto arrecadado à limpeza do meio ambiente. Posteriormente, na década de 1980, foi criado um tributo incidente sobre poluição atmosférica e, na década de 1990, sobreveio a tributação dos dejetos industriais e domésticos (MARTINS, 2021, p. 120). No Brasil, contudo, o tema ainda é embrionário.

Embora seja possível afirmar inexistir grandes divergências doutrinárias acerca da legitimidade e da viabilidade de se adotar a tributação ecológica sob as atuais normas brasileiras, constitucionais e legais, os modelos teóricos propostos ainda carecem de maiores reflexões e enfrentamentos de questões práticas, de modo a aproximar o direito positivo da realidade social. Esses modelos, calcados principalmente na doutrina tributária, corriqueiramente se revelam mais preocupados com as formalidades e limitações impostas pelo Sistema Tributário Nacional, com a análise da pertinência de cada uma das espécies tributárias ao tema – *v. g.* CARRAZA e CARRAZZA (2022, p. 39 e ss.) –, ou ainda com a aplicabilidade do regime jurídico dos incentivos e da extrafiscalidade. A racionalidade do sistema ambiental terrestre, a ser compreendida e respeitada para que a preservação seja real, efetiva, são relegadas a segundo plano, nas poucas vezes em que abordadas<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Essa afirmação pode ser comprovada por levantamento bibliográfico realizado por PIMENTA (2020, p. 142), que aponta no sentido de que sequer há consenso quanto à definição de tributação ambiental, ora adotando-se critérios relacionais, ora finalísticos, ora motivadores: “A exemplo do que ocorre em outros países, no Brasil também reina divergência sobre o conceito de tributo ambiental. Em clássico estudo elaborado sobre o assunto, José Marcos Domingues de Oliveira sustenta que o tributo ambiental tanto pode ser utilizado com o propósito de arrecadar receitas para o custeio das atividades a serem desempenhadas no campo ambiental, quanto para estimular a prática de condutas benéficas ao meio ambiente ou desestimular a realização de atividade poluidora. Regina Helena Costa comunga com esse entendimento, ao formular conceito amplo sobre o instituto. Para a autora, a tributação ambiental importa na utilização de instrumentos tributários para arrecadar receitas para a prestação de serviços públicos de natureza ambiental, ou com finalidade extrafiscal. Essa trilha é seguida por Denise Lucena Cavalcante, ao defender que o traço característico do tributo em pauta é a produção de seus efeitos na proteção do meio ambiente. A autora defende, ainda, que a extrafiscalidade não é um traço característico desta figura. No mesmo sentido caminha Simone Martins Sebastião. Posição semelhante parece ser defendida por Lise Vieira da Costa Tupiassu, ao sustentar a criação de tributos ambientais de caráter extrafiscal e o uso dos impostos ordinários, que apresentam função fiscal, para proteger o meio ambiente. Conceito ainda mais extenso é formulado por Jorge Henrique de Oliveira Souza, que engloba na expressão ‘tributo ambiental’ todas as exações que, pela sua materialidade, vinculação de receitas ou

Ao dissertar sobre o direito tributário ambiental, PIMENTA define tributo ambiental como a exação que “que visa a induzir a realização de comportamentos favoráveis ao meio ambiente ou a desestimular a prática de condutas contaminantes” (2020, p. 150). Para o autor, esse tributo teria dupla estrutura, “pois deverá observar o princípio do poluidor-pagador e também aquele estruturante da figura tributária em que vier a se revestir” (2020, p. 145) e, necessariamente, demandaria uma materialidade específica, qual seja, um ato de contaminação ambiental. Ainda para o autor, o critério do uso da receita é irrelevante para classificar dado tributo como ambiental, pois trata-se de matéria de cunho financeiro, não afeta à regra-matriz de incidência tributária (2020, p. 150).

Ao apontar estruturas possíveis para os tributos ambientais, PIMENTA afirma que, caso assuma natureza jurídica de imposto, teria como critério material as seguintes condutas possíveis: (a) emitir ou despejar substância que polui o meio ambiente; (b) obter ou fabricar materiais potencialmente contaminantes; (c) adquirir bens contaminantes; (d) ser proprietário ou possuidor de bens relacionados com a degradação ambiental (2020, p. 175). À sua vez, caso contribuição de intervenção sobre o domínio econômico, “o aspecto material da hipótese de incidência tributária [...] poderá consistir de qualquer fato com conteúdo econômico, bem como de uma atividade poluidora” (2020, p. 175).

Tais argumentos se voltam para a estrutura do tributo, sem adentrar no mérito ambiental da exação. Vale dizer, o autor não explica os critérios a serem empregados para que as condutas sejam consideradas atos de contaminação ambiental.

Em estudos sobre incentivos fiscais voltados à redução dos gases de efeito estufa, CARVALHO parece relegar as mazelas ambientais a serem enfrentadas à decisão política do legislador, mediante o argumento de que os benefícios fiscais consubstanciam forte instrumento para atingir os valores finalísticos previstos na Constituição Federal, na medida em que, “Dosando equilibradamente a carga tributária, a autoridade administrativa enfrenta as situações mais agudas, fomentando as grandes iniciativas de interesse público, dentre elas a preservação do meio ambiente” (2022, p. 23).

Também em defesa das possibilidades de tributação ambiental, NAGIB e ASSUNÇÃO defendem a utilização do Imposto sobre Produtos Industrializados, mediante a adoção de alíquotas diferenciadas, creditamento e outros subsídios de certas atividades ou utilização de tecnologias verdes

---

orientação de condutas, se destinam à preservação ambiental. De igual maneira, Paulo Henrique do Amaral também apresenta um conceito muito amplo, ao admitir os critérios da finalidade, do destino da receita e da estrutura do tributo para qualificar os tributos ambientais. Posição original é encampada por Heleno Tôrres. Para ele, a relação entre as competências tributária e ambiental é que pode justificar a criação de um tributo ambiental, todavia, desde que também se faça presente um ‘motivo’ constitucional e que este repercuta na regra-matriz de incidência do tributo. O ‘motivo constitucional’ seria a preservação e conservação do meio ambiente. É importante observar que o conceito de motivo, para o autor, é o de finalidade, e não de causa do tributo. Dessa forma, o Professor Titular da USP utiliza um critério finalístico para definir a figura em exame”.

(2022, p. 531), mas, também, não abordam quais critérios podem/devem ser empregados para tanto.

Não se nega que o aspecto formal é essencial à legitimidade e validade de qualquer tributo ambiental. Contudo, não se deve relegar para segundo nível aspectos jurídicos ambientais que integram o Estado Democrático e Ambiental de Direito, vez que compõem o núcleo da Constituição Federal e devem permear toda e qualquer norma jurídica que integra o ordenamento jurídico. O meio ambiente, bem jurídico constitucionalmente protegido, é definido pelo art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, como o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981), o que torna imprescindível que a natureza dessas relações sejam conhecidas e consideradas pelo ordenamento jurídico, sejam para a criação dos regimes de sua tutela, seja para o exercício da competência tributária.

É nesse ponto que reside a insuficiência da doutrina tributária acerca da tributação ambiental, pois, ao não considerar, de forma concreta, as ciências do meio ambiente no regime de direito tributário ambiental, deixa de enfrentar questões essenciais à efetividade dessa modalidade de tributação. Concorde-se que qualquer tributo dito ambiental necessita que a sua materialidade seja relacionada com alguma conduta lesiva ao meio ambiente, mas como defini-la, escolhê-la? A quem compete fazê-lo e de que forma?

## 2. DO DADO EMPÍRICO AMBIENTAL À NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA: APONTAMENTOS PARA A CRIAÇÃO DE MODELO DE COMITÊ GESTOR DO TRIBUTO (CONTRIBUIÇÃO) AMBIENTAL

Dentre as possibilidades constitucionais para exercer a competência tributária para fins fiscais e extrafiscais, se destaca a Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico (CIDE), por ser a espécie tributária mais adequada à tributação ambiental. Isto porque a sua materialidade, além de não haver previsões taxativas na Constituição Federal, não é vinculada a uma atividade estatal específica e diretamente relacionada ao contribuinte. Além disso, o Poder Legislativo, via processo legislativo inaugural, decide sobre a destinação do produto arrecadado, tornando-a vinculada.

A adoção dessa espécie tributária para a tributação ambiental implica que somente a União poderá instituí-la, e exclusivamente por meio de lei complementar, conforme art. 149, *caput*, da Constituição Federal. Contudo, os recursos arrecadados devem ser aplicados em políticas públicas

ambientais que não podem ficar sob decisão exclusiva da União. Deve ser exigida uma solução de investimentos com a participação dos membros da federação.

A racionalidade jurídica obedece a critérios estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico positivado, os quais, à sua vez, decorrem de escolhas políticas do legislador. Estas escolhas, por exemplo, podem ser dar à luz da própria evolução social, seja na tentativa de atualizar o direito positivo às novas perspectivas sociais, seja para provocar uma ruptura e impedir que determinadas condutas continuem a ser adotadas ou reverberem. Essa vivência social, enquanto objeto cultural, tal qual o próprio direito, é permeável a normas jurídicas enquanto instrumentos indutores de condutas.

Fenômeno diferente ocorre quando o direito positivo necessita interagir à razão de fatos da natureza. Existem racionalidades que simplesmente são impermeáveis ao direito – as leis da física, por exemplo –, de forma que, independentemente das escolhas políticas adotadas pelo legislador, permanecerão inalteráveis. Assim, ao se adotar determinados elementos naturais como sujeitos de direito ou bens protegidos pelo ordenamento, as suas características deverão ser apreendidas, ponderadas e preservadas, sob pena de tornar ineficaz a norma jurídica que os tenham por objeto ou destinatário.

Os efeitos lesivos dos gases de efeito estufa, por exemplo, bem ilustram a apontada diferença de racionalidade. A sua emissão não respeita fronteiras jurídicas, pois o movimento dos gases na atmosfera fará com que as partículas se espalhem ou sejam transportadas por diversos lugares, próximos ou remotos, ultrapassando as fronteiras jurídico-políticas impostas pelo direito.

As figuras abaixo bem ilustram que os recursos naturais não estão atrelados a qualquer divisão jurídica-política do Estado brasileiro:

Figura 1: Divisão Política



Fonte: BRASIL, 2023a

Figura 2: Divisão Hidrográfica



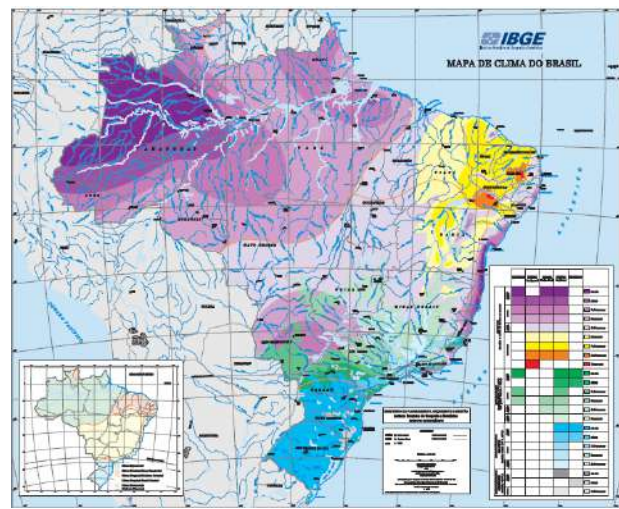
Fonte: BRASIL, 2021

Figura 3: Divisão Biomas



Fonte: BRASIL, 2023b

Figura 4: Divisão Climática



Fonte: BRASIL, 2002

A constatação, baseada na observação da realidade empírica, da existência de diversos sistemas ambientais não correspondentes a convenções político-jurídicas, leva à conclusão de não ser efetivo em termos de proteção ambiental, tampouco eficiente, permitir que cada Ente Federativo regulamente, utilize e faça a gestão dos seus recursos naturais isoladamente, sem levar em consideração o sistema em sua integralidade e sem sopesar os efeitos que as suas decisões poderão repercutir sobre todo o sistema ambiental – e, conseqüentemente, sobre os demais Entes Federativos (v.g. Princípio 21 da Declaração de Estocolmo<sup>5</sup> e o Princípio 2 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento<sup>6</sup>) –, de forma que o direito ambiental exige normas transfronteiriças<sup>7</sup>, com uniformidade de garantias, deveres e direitos positivados.

É necessário, portanto, que a Contribuição Ambiental, seja tributo federal, pois sob aspecto espacial terá alcance em toda a federação e a observância desse mesmo território. Porém, mais do que isso, é essencial que tenha característica federativa, mormente se considerado que qualquer decisão adotada impactará diretamente todos aqueles abrangidos por esses bens, afora a relação macro com todo o ecossistema. Sob o manto jurídico, apenas um órgão federativo, no qual há a participação de todos as Pessoas Políticas interessadas, parece satisfazer essa condição.

É possível observar, no ordenamento jurídico brasileiro, a existência de órgãos com características federativas, criados com finalidades tributárias.

Em 2006, com a criação do SIMPLES Nacional pela Lei Complementar nº 123, regime

---

<sup>5</sup> “Princípio 21: Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levam a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972)

<sup>6</sup> “Princípio 2: Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios da lei internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento, e a responsabilidade de velar para que as atividades realizadas sob sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas que estejam fora dos limites da jurisdição nacional.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992)

<sup>7</sup> A Declaração do Rio (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992) evidencia a natureza transnacional do direito ambiental, a exemplo do Princípio 7 (“Os Estados deverão cooperar com o espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra. Tendo em vista que tenham contribuído notadamente para a degradação do ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões que suas sociedades exercem sobre o meio ambiente mundial e das tecnologias e dos recursos financeiros de que dispõem.”), do Princípio 18 (“Os Estados deverão notificar imediatamente os outros Estados sobre desastres naturais e outras situações de emergência que possam produzir efeitos nocivos súbitos ao meio ambiente sob sua jurisdição. A comunidade internacional deverá fazer todo o possível para ajudar Estados que sejam afetados.”) e do Princípio 19 (“Os Estados deverão proporcionar a informação pertinente e notificar previamente e de forma oportuna os Estados que possam se ver afetados por atividades passíveis de ter consideráveis efeitos ambientais nocivos transfronteiriços, e deverão celebrar consultas com os mesmos em data antecipada.”).

simplificado de tributação que abrange, em um único recolhimento, tributos de competência da União (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e contribuição previdência patronal), dos Estados (ICMS) e dos Municípios (ISSQN), foi instituído o Comitê Gestor do SIMPLES Nacional, vinculado ao Ministério da Economia e composto por quatro representantes da União, dois dos Estados e do Distrito Federal, dois dos Municípios, um do SEBRAE e um das confederações nacionais de representação do segmento de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme art. 2º, I (BRASIL, 2006). Nos termos do Regimento Interno, editado pela Resolução CGSN nº 163, de 21 de janeiro de 2022 (BRASIL, 2022), o Comitê Gestor detém competência normativa para regulamentar a opção, a exclusão, as vedações, a tributação, a fiscalização, a arrecadação, a cobrança, a dívida ativa, o recolhimento, a restituição, a compensação, as declarações e obrigações acessórias, o parcelamento e as demais matérias relativas ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, incluído o Microempreendedor Individual (art. 7º, I). Cabe ao Comitê Gestor, também, definir o sistema de repasses dos valores arrecadados a título de ICMS, ISSQN e contribuição previdenciária aos Estados, Municípios e Instituto Nacional do Seguro Social, o que lhe outorga poder de gestão sobre a arrecadação, ainda que limitada a um primeiro momento e estritamente vinculada à lei (art. 22, Lei Complementar nº 123/06). Assim, tem-se no Comitê Gestor do SIMPLES Nacional um órgão de natureza executiva e legislativa, voltado a regulamentar e aplicar institutos estabelecidos e delimitados pela Lei Complementar nº 123/06, fazendo-o mediante processo decisório conjunto de todos os Entes Federativos impactados pelo regime tributário.

Outro órgão a servir de exemplo para a construção do Comitê Gestor da Contribuição Ambiental é o Conselho Fazendário – CONFAZ. Criado pela Lei Complementar nº 24/1975, o CONFAZ tem por competência constitucional (art. 155, § 2º, XII, *g*) regulamentar a concessão, mediante deliberação dos Estados, de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços – ICMS. Ao ser composto por Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal, sob a presidência do Ministro de Estado do Fazenda, as deliberações ocorridas no âmbito do Conselho têm por finalidade última proteger os Estados-membros, ao coibir que decisões político-fiscais sejam tomadas unilateralmente, sem a análise do possível impacto econômico-financeiro nos demais Estados.

O modelo de Comitê Gestor ora proposto, para a Contribuição Ambiental, possuiria competências análogas às do Comitê Gestor do SIMPLES Nacional, enquanto a sua composição seguiria, em partes, o modelo do CONFAZ. No plano normativo, teria por incumbência regulamentar a lei instituidora da contribuição mediante o preenchimento dos espaços legais da regra-matriz de incidência tributária, especialmente pela identificação de atividades econômicas e produtos que demandam

intervenção estatal em prol do meio ambiente mediante a tributação e a sua distribuição nas faixas de alíquotas previstas, enquanto no aspecto executivo teria por incumbência a gestão do produto da arrecadação e destinação para políticas públicas escolhidas, tudo por meio de processo deliberativo composto por representantes dos Entes Federativos participantes.

Ainda, a Terra, conforme estudos das Ciências do Meio Ambiente, compõe um sistema. Nesta condição, tem interligações, dependências, ciclos, dinâmicas e tempo, ainda não inteiramente compreendidos, mas que de sua harmonia depende a vida humana.

Nesse contexto, para que a Contribuição Ambiental seja eficaz para induzir condutas sustentáveis, cooptar recursos e aplicá-los em políticas públicas ecológicas, é imprescindível que haja diálogo entre os Entes Federativos e a sociedade civil especializada com finalidade de uniformizar as escolhas políticas atinentes ao tributo e compatibilizá-lo com a realidade, com as reais necessidades e demandas ambientais.

A participação da sociedade civil na Contribuição Ambiental é necessária pois é onde origina grande parte dos conhecimentos técnicos que, necessariamente, devem ser absorvidos pelo direito como fundantes de normas jurídicas ambientais. A edição de normas jurídicas, em especial as de natureza abstrata, são precedidas de um processo de enunciação que envolve discussões políticas e opções do legislador que culminam, ao menos em tese, na positivação de anseios da sociedade. No contexto da proteção ambiental, é imperativo que essa etapa pretérita seja permeada por discussões técnicas e empíricas, pois é somente a partir desse conhecimento que será possível identificar, de forma fidedigna, os problemas do meio físico a serem enfrentados e escolhidas as soluções jurídicas mais adequadas para tanto. Sem essa característica empírica, fundamentada em conhecimento técnico, faltará à Contribuição Ambiental o caráter protetivo, pois corre-se o risco de a incidência ocorrer sobre fatos ambientalmente irrelevantes, tornando-se tributo meramente arrecadatório.

No ordenamento jurídico brasileiro, a participação da sociedade civil em conjunto com o Poder Público para atuação em prol do meio ambiente é vista no Conselho Nacional do Meio Ambiente, o CONAMA. Instituído pela Lei nº 6.938/81, trata-se de órgão deliberativo e consultivo que compõe o Sistema Nacional do Meio Ambiente – conjunto de normas jurídicas, órgãos e entidades responsáveis pela proteção ambiental –, formado por um colegiado de cinco setores: órgãos federais, estaduais e municipais, setor empresarial e entidades ambientalistas. Dentre estes últimos, compõem o CONAMA: (i) dois representantes de entidades ambientalistas de cada uma das regiões geográficas do País; (ii) três representantes de entidades ambientalistas de âmbito nacional; (iii) três representantes de associações legalmente constituídas para a defesa dos recursos naturais e do combate à poluição; (iv) um

representante de entidades profissionais, de âmbito nacional, com atuação na área ambiental e de saneamento; (v) um representante de trabalhadores indicado pelas centrais sindicais e confederações de trabalhadores da área urbana; (vi) um representante de trabalhadores da área rural; (vii) um representante de populações tradicionais; (viii) um representante da comunidade indígena; e (ix) um representante da comunidade científica (BRASIL, 1981).

Dentre as competências do CONAMA, destacam-se (i) estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição causada por veículos automotores, aeronaves e embarcações; (ii) estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos; (iii) estabelecer os critérios técnicos para a declaração de áreas críticas, saturadas ou em vias de saturação; (iv) estabelecer sistemática de monitoramento, avaliação e cumprimento das normas ambientais; e (v) avaliar regularmente a implementação e a execução da política e normas ambientais do País, estabelecendo sistemas de indicadores (BRASIL, 1981). As decisões são tomadas no âmbito do Plenário, a partir de propostas apresentadas pelas Câmaras Técnicas e seus Grupos de Trabalho, no âmbito dos quais são realizados os estudos dos temas que lhes são afetos. Vale dizer, o CONAMA possui um viés técnico, de cujas análises emanam normas jurídicas de proteção ambiental.

No contexto da Contribuição Ambiental, poder-se-ia atribuir ao CONAMA a competência de integrar o Comitê Gestor para, ao lado dos representantes dos Entes Federativos, compor os processos decisórios necessários à delimitação da incidência tributária e da gestão dos recursos arrecadados. Sua função seria técnica, voltada aos aspectos ambientais do tributo, no sentido de conectá-lo com a realidade social.

Assim, o Comitê Gestor da Contribuição Ambiental (i) seria composto por representantes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, preferencialmente vinculados às pastas fiscais, e do CONAMA; (ii) teria competência normativa, no sentido de regulamentar os critérios da regra-matriz de incidência tributária estabelecidos em lei, fazendo-o mediante deliberação a partir de estudos ambientais técnicos, que identificam, empiricamente, setores, atividades econômicas, produtos, localidades, dentre outros, que demandam intervenção estatal para proteção ambiental, sobre os quais recairá a tributação para o fim de induzir condutas responsáveis, internalizar os custos sociais da proteção e arrecadar recursos para investimentos em políticas públicas apropriadas; (iii) faria a gestão do produto da arrecadação, destinando-o aos projetos ecológicos apresentados pelos Entes participantes.

### 3. A NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A CONTRIBUIÇÃO AMBIENTAL, O COMITÊ GESTOR E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Ao traçarem algumas reflexões acerca da tributação ambiental, CARRAZA e CARRAZZA (p. 34) afirmam:

Em momento algum, porém, devemos ter presente que os entes políticos, ao perseguirem esse louvável objetivo, devem ter a preocupação constante de não ultrapassar os limites de suas competências tributárias, nem de malferir direitos fundamentais dos contribuintes, como os decorrentes dos princípios da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da proporcionalidade, da segurança jurídica, dentre outros.

Essa afirmação consubstancia condição *sine qua non* à construção de um modelo de Contribuição Ambiental que tenha características federativa e participativa consubstanciadas em Comitê Gestor, da qual erige um problema a ser enfrentado: compatibilizar a rigidez do Sistema Tributário Nacional, pautado no Princípio da Legalidade, com o dinamismo dos sistemas ambientais, que por vezes exige soluções mais céleres do que o permitido pelo processo legislativo.

O Sistema Tributário Nacional insculpido na Constituição Federal dispõe de diversas cláusulas pétreas, dentre elas o Princípio da Legalidade Tributária. Corolário do Estado de Direito, além da previsão geral constante do art. 5º, está expressamente previsto no art. 150, I, ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei o que o estabeleça (BRASIL, 1988). À sua vez, o Código Tributário Nacional, no exercício da competência de regular as limitações constitucionais ao poder de tributar prevista no art. 146, II, da Constituição Federal, prevê no art. 97 que somente a lei pode estabelecer, dentre outros, a instituição, a majoração e a extinção de tributos e a fixação de alíquotas e bases de cálculo, ressalvadas as exceções legalmente previstas. Em síntese, segundo CARVALHO (2008, p. 283), o Princípio da Legalidade Tributária implica que o jurista, ao procurar comandos prescritivos instituidores de tributos, deve fazê-lo única e exclusivamente dentre aqueles introduzidos por meio de lei ou diploma de status semelhante. Mais importante,

Isso se aplica, na plenitude, à regra-matriz de incidência tributária: sua estrutura lógico-sintática há de se saturada com as significações do direito positivo. Pela diretriz da estrita legalidade, não podem ser utilizados outros enunciados, senão aqueles introduzidos por lei. (CARVALHO, 2008, p. 283)

Deste modo, ao se falar em Contribuição Ambiental, todos os elementos que compõem a sua regra-matriz – materialidade, temporalidade, espacialidade, sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota – devem estar previstas em lei.

Do Princípio da Legalidade Tributária surge uma questão de ordem prática afeta à efetividade do tributo ambiental. É humanamente impossível que o legislador anteveja todas as relações jurídicas, atividades econômicas e/ou produtos que, efetiva ou potencialmente, provoquem ou possam provocar danos ambientais e tomá-los por fatos jurídicos tributários; contudo, é obrigatório que a lei instituidora do tributo preveja todos os elementos que o formam. Vale dizer: o sistema tributário é rígido, mas as relações ambientais não são. É por isso que, conforme apontado, os modelos teóricos de tributação ambiental acabam por apresentar materialidades amplas, com alto grau de abstração, em uma tentativa de abranger em seu espectro o maior número possível de condutas tributáveis. Esta técnica, porém, traz o problema da desconexão da realidade social, o que acaba por reduzir a sua aptidão para induzir condutas sustentáveis e internalizar custos sociais do impacto ambiental provocado pelo produto ou pela atividade. Para que a Contribuição Ambiental possa, de fato, ser ambiental, ou seja, ser efetiva quanto aos seus pressupostos e objetivos, é imprescindível resolver o problema da abstração da materialidade sem que haja agressão ao Princípio da Legalidade Tributária.

O Supremo Tribunal Federal, em dois julgamentos, analisou o Princípio da Legalidade Tributária, definindo seu alcance e, principalmente, as situações que autorizam a delegação de competência reguladora. No recurso extraordinário nº 343.446/SC, sob a relatoria do Ministro CARLOS VELLOSO, o Tribunal, ao julgar a constitucionalidade dos decretos regulamentadores editados em razão do art. 22, II, da Lei nº 8.212/91<sup>8</sup>, decidiu que “as leis em apreço definem [...] ‘satisfatoriamente todos os elementos capazes de fazer nascer uma obrigação tributária válida’”, de modo que “O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de ‘atividade preponderante’ e ‘grau de risco leve, médio ou grave’, não implica ofensa ao princípio da legalidade tributária” (BRASIL, 2003).

E complementa:

---

<sup>8</sup> O art. 22, II, da Lei nº 8.212/91, institui a contribuição destinada ao financiamento da aposentadoria especial e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais e do trabalho (comumente denominada contribuição ao RAT). A contribuição incide sobre o total das remunerações pagas ou creditadas pelo empregador, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos, com alíquotas de 1%, 2% ou 3% conforme o grau de risco da atividade preponderante em cada um dos estabelecimentos da pessoa jurídica, se leve, médio ou grave, respectivamente. A Lei nº 8.212/91, contudo, não realiza o enquadramento das atividades econômicas nos referidos graus de risco, o que ficou à cargo do Decreto nº 3.048/99, Regulamento da Previdência Social, pelo seu Anexo V. Portanto, discutiu-se no RE 343.446-2 a constitucionalidade dos decretos regulamentares do art. 22, II, da Lei nº 8.212/91, mais especificamente se o enquadramento das atividades econômicas nos graus de risco legalmente previstos é matéria afetada à reserva legal.

Em certos casos, entretanto, a aplicação da lei, no caso concreto, exige a aferição de dados e elementos. Nesses casos, a lei, fixando parâmetros e padrões, comete ao regulamento essa aferição. Não há falar, em casos assim, em delegação pura, que é ofensiva ao princípio da legalidade genérica (C.F., art. 5º II) e da legalidade tributária (C.F., art. 150, I).

[...]

Da leitura conjugada do inc. II, alíneas a, b e c, do art. 22, com o § 3º, do mesmo artigo, vê-se que a norma primária, fixando a alíquota, delegou ao regulamento alterar, com base em estatística, o enquadramento referido nas mencionadas alíneas. A norma primária, pois, fixou os padrões e, para a sua boa aplicação em concreto, cometeu ao regulamento as atribuições mencionadas.

[...]

Trata-se, no caso, portanto, regulamento delegado, *intra legem*, condizente com a ordem jurídico-constitucional. (BRASIL, 2003)

Depreende-se que, segundo o acórdão, apenas a delegação pura – situação em que a Constituição Federal atribui a um dos Poderes a competência para a prática de determinado ato e este o delegada, de forma irrestrita, para outro Poder, em sentido diverso à determinação constitucional – implica violação ao Princípio da Legalidade Tributária. Essa situação não se confunde com o regulamento delegado, hipótese na qual a aplicação da lei depende, dentro dos seus próprios limites estabelecidos, de normas regulamentares voltadas à sua execução (BRASIL, 2003). O decreto regulamentar editado em razão de delegação legal em nada pode inovar o ordenamento jurídico, pois deve ser circunscrito ao conteúdo da norma regulamentada<sup>9</sup>, o que é confirmado pelo art. 99 do Código Tributário Nacional<sup>10</sup>.

À sua vez, no recurso extraordinário nº 677.725/RS, sob a relatoria do Ministro LUIZ

---

<sup>9</sup> Leciona MIRANDA (1970, p. 316): “Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode ele limitar ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, [...]. Nem ordenar o que a lei não ordena [...]. Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. Em consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei a que se reporta, ou das outras leis, não vale. Em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que impliquem a maneira a ser observada a regra jurídica. Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico. Se, regulamentando a lei (a), o regulamento fere a Constituição ou outra lei, é contrário à Constituição, ou à lei, e – em consequência – nulo o que editou. A pretexto de regulamentar a lei (a), não pode o regulamento, sequer, ofender o que, a propósito da lei (b), outro regulamento estabelecer”.

<sup>10</sup> Art. 99. O conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei. (BRASIL, 1966)

FUX<sup>11</sup>, o Supremo Tribunal Federal aprofundou a discussão acerca da delegação complementar. Segundo o acórdão vencedor, ocorre delegação legislativa quando “transfere-se a função normativa, atribuída originária e constitucionalmente ao Poder Legislativo, a órgãos ou agentes especializados do próprio Poder Legislativo ou a integrantes dos demais Poderes do Estado” (BRASIL, 2021, p. 24). Dados os Princípios do Estado Democrático de Direito, para que não ocorra delegação pura, a delegação legislativa deve cumprir os seguintes requisitos:

[...] previsão no ordenamento jurídico, ou, ao menos, a sua não vedação; a existência de ato específico que, de forma expressa, concretize a delegação, o qual pode ser a própria constituição ou a lei; a determinação, por parte do poder delegante, dos limites de atuação do ente delegatário; possibilidade de controle da delegação pelo poder delegante. (BRASIL, 2021, p. 25)

A delegação legislativa consubstancia delegação técnica, que implica, para o Ente delegado, o recebimento de atribuição para o exercício de discricionariedade técnica, o qual deve ser exercido estritamente dentro dos contornos estabelecidos pela norma delegatária e com o objetivo exclusivo de editar normas secundárias para a melhor execução e atingimento das finalidades da lei (BRASIL, 2021, p. 25).

Ainda segundo o acórdão, a delegação técnica, mesmo sem previsão constitucional, é legítima quando se tratar de deslegalização em sentido estrito, ou seja, “como delegação ao Executivo da competência para editar determinados atos normativos, com base em standards estabelecidos pelo legislador” (BRASIL, 2021, p. 27), sem que haja inovação no ordenamento jurídico. E conclui ao afirmar que “A tipicidade, considerada a possibilidade da adoção dos tipos, abertos por natureza, na formação da regra-matriz de incidência, funcionaria como standard, como modelo a ser seguido pelo ente delegado” (BRASIL, 2021, p. 27).

Essas premissas estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal quanto à delegação legislativa legitimam a instituição de Contribuição Ambiental com materialidade aberta, a exemplo de

---

<sup>11</sup> A Lei nº 10.666/03 criou o Fator Acidentário de Prevenção – FAP. Trata-se de índice calculado anualmente, que varia de 0,5 a 2,0, aplicável sobre a alíquota nominal da contribuição ao RAT, resultando, assim, em redução até 50% ou majoração até 100%, de acordo com o volume, gravidade e custo dos acidentes de trabalho ocorridos no estabelecimento da pessoa jurídica, em comparação com outras pessoas jurídicas que se enquadram na mesma atividade econômica, nos dois anos anteriores à sua apuração. A Lei nº 10.666/03 delega ao regulamento, editado mediante Resolução do Conselho Nacional da Previdência Social, a função de definir as regras para estabelecimento do desempenho da empresa em face da sua atividade econômica. Considerando que o FAP afeta a alíquota do RAT, discutiu-se a constitucionalidade da fixação de critérios para cálculo do índice por meio de Resolução do Conselho Nacional da Previdência Social.

“realizar operações com produto que provoque degradação da qualidade ambiental ou poluição” ou “emitir substância que provoque degradação da qualidade ambiental ou poluição”, com delegação de competência regulamentar ao Comitê Gestor da Contribuição Ambiental para identificar essas atividades. Considerando que a Lei nº 6.938/81 define em seu art. 3º, II e III, o que se entende por degradação da qualidade ambiental e poluição<sup>12</sup>, caberia ao Comitê Gestor, com base nos estudos empíricos, apontar os produtos e substâncias nocivos ao meio ambiente, sobre os quais recairia a tributação.

Essa identificação dos produtos e das substâncias guarda relação direta com a alíquota aplicável. FORTES e KEMPFER lecionam que a Contribuição Ambiental, necessariamente, deve ser seletiva, ou seja, a partir das premissas do Estado Ambiental, identificam-se dentre todos os produtos e atividades econômicas aqueles que serão objeto de tributação, considerando essenciais, portanto a salvo da tributação, os produtos sustentáveis (2023?, no prelo), e progressiva, na qual a carga tributária aumenta de acordo com o grau de desconformidade ambiental do produto ou da conduta do agente econômico (2022, p. 1271). Para tanto, diante do Princípio da Legalidade, a lei instituidora do tributo preveria as faixas de alíquotas possíveis, conforme modelo exemplificativo abaixo:

---

<sup>12</sup> Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; [...] (BRASIL, 1981)

Volume emissão (mg/Nm <sup>3</sup> )	Alíquota	Conduta <sup>13</sup>
0	0%	Superconforme
Entre 0 e 100	2%	Superconforme
Entre 100 e 200	4%	Conforme/superconforme
Entre 200 e 320	6%	Conforme
Acima de 320	8%	Não conforme

Tabela I. Modelo de progressividade da tributação ambiental

O grau de conformidade da conduta é apreendido a partir das normas técnicas que regulamentam os níveis legais de emissão da substância, sendo conforme, desconforme e superconforme as emissões, respectivamente, próxima, superior e significativamente inferior ao limite de tolerância.

Além de identificar os produtos ou substância sobre os quais recairia a tributação, também seria de competência do Comitê Gestor da Contribuição Ambiental regulamentar a distribuição das alíquotas mediante a definição de critérios de conformidade, em especial para as condutas superconformes, visto que a legalidade e a ilegalidade decorrem dos limites previamente fixados pela legislação.

O reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da delegação técnica, dentro dos pressupostos estabelecidos no recurso extraordinário nº 677.725/RS, legitima o Comitê Gestor como órgão regulamentar da Contribuição Ambiental, outorgando-a o

<sup>13</sup> A ingerência do direito positivo sobre a realidade empírica ocorre de duas formas: (i) mediante coerção, ao regular diretamente as relações intersubjetivas, com a instituição de norma jurídica impositiva que prevê em seu antecedente a conduta humana atingida pelo direito e em seu conseqüente a relação jurídica (o resultado) almejada pelo Estado, com imputação de sanção em caso de descumprimento; (ii) mediante indução, ao influenciar condutas, quando a norma jurídica é utilizada com a finalidade de estimular determinadas ações ou resultados desejados pelo Estado, que vão além daqueles previstos no conseqüente normativo, sendo o agente beneficiado ao fazê-lo (BOBBIO, 2007, p. XII). Essa segunda forma ocorre, nas lições de Bobbio, pela chamada técnica de encorajamento, desencadeando uma sanção positiva: “Em relação ao sistema normativo, os atos humanos podem distinguir-se em atos conformes a atos desviantes. [...] a técnica do encorajamento visa não apenas a tutelar, mas também a provocar o exercício dos atos conformes, desequilibrando, no caso de atos permitidos, a possibilidade de fazer e a possibilidade de não fazer, tornando os atos obrigatórios particularmente atraentes e os atos proibidos particularmente repugnantes. Quanto aos atos desviantes, essa técnica considera – atribuindo-lhes determinadas conseqüências – os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes, enquanto se torna cada vez mais tolerante em relação a certos atos desviantes por defeito. [...] pode-se afirmar que um ordenamento promocional busca atingir o próprio fim [...] buscando tornar a ação desejada necessária, fácil e vantajosa”. (BOBBIO, 2007, p. 14)

dinamismo necessário frente aos sistemas ambientais, bem como a internalização, no direito positivo, dos dados empíricos coletados de forma técnica, mediante a identificação de atividades, bens e produtos não sustentáveis e o enquadramento das condutas pertinente nas faixas legalmente previstas, em total consonância com o Princípio da Legalidade Tributária.

## CONCLUSÃO

Em um Estado Democrático e Ambiental de Direito, opção positivada por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a proteção ambiental deve compor o fundamento de validade para o ordenamento jurídico ao lado dos outros direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto insere-se, também, o exercício da competência tributária, por meio da tributação ambiental.

Defende-se, neste estudo, que dentre as espécies tributárias que compõem o arcabouço tributário atual, a Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico (CIDE) é a espécie que se revela mais adequada ao emprego em finalidades ambientais, visto que seu regime jurídico constitucional é compatível com os desafios da racionalidade e necessidades de tutela ambiental – não proíbe a vinculação do produto da arrecadação a finalidade específica, no caso dos impostos; ou a vinculação do fato jurídico tributário a uma atividade estatal divisível e específica, no caso das taxas –; porém, é necessário aprimorar o modelo atual para torná-lo mais efetivo quanto aos propósitos ambientais que estão previstos do art. 225 da Constituição Federal.

Enquanto sob o aspecto formal qualquer tributo deva observar as normas de competência e de estrutura estabelecidas pelo sistema tributário nacional, ao se pretender uma tributação que contribua para a efetividade de políticas públicas ambientais, é preciso criar mecanismos de aproximação desse tributo com os conhecimentos que sistematizaram a racionalidade do meio ambiente.

Isso deve se dar por dois caminhos. Primeiro, reconhecer que o processo decisório acerca de dado sistema ambiental deve envolver todos os membros Federativos afim de viabilizar unidade e uniformidade de tratamento, uma vez que os limites jurídicos das fronteiras político-federativas (autonomias federativas) não coincidem com a organização (racionalidade) do sistema ambiental apresentado pelos estudiosos das Ciências do Meio Ambiente. Segundo, a eleição de condutas danosas ao meio ambiente, na condição de fatos jurídicos tributários, deve ser precedida de uma análise técnica empírica, por órgãos ou profissionais devidamente habilitados em conhecimento sobre os sistemas da natureza, com dupla finalidade: de um lado, trazer elementos concretos à norma de incidência tributária,

propositalmente instituída de forma aberta para permitir abranger o maior número de situações possível, mediante a identificação, no plano fenomênico, de atividades econômicas ou relações jurídicas que serão objeto da tributação; de outro, por desdobramento do primeiro, mas a ele estritamente ligado, definir prioridades de políticas públicas ambientais custeadas pela receitas tributárias vinculadas, para realizar justiça ambiental.

Nesse contexto, com a instituição deste tributo, sugere-se a criação de um Comitê Federativo Gestor da Contribuição Ambiental, que deverá ser composto por representantes fazendários da União, Estados, Municípios e Distrito Federal e do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) – em cuja composição há membros da sociedade civil, tais como cientistas, empresários, representantes de classes, povos originários, dentre outros – e, assim, permitir diálogo entre o Sistema Jurídico e Sistema da Natureza.

As competências do Comitê serão para regulamentar a materialidade da hipótese de incidência mediante a identificação, por estudos técnicos, das condutas, atividades e demais relações jurídicas sobre as quais recairão a tributação e distribuí-las dentre as faixas de alíquota legalmente instituídas, bem como para avaliar e decidir sobre políticas públicas prioritárias. de modo a viabilizar a competência comum dos membros federados para prevenção e reparação de danos ambientais.

Essa competência normativa do Comitê Federativo Gestor da Contribuição Ambiental está conforme o Princípio da Legalidade Tributária, principalmente considerando precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser legítima a delegação legislativa para regulamentar aspectos definidos em lei de forma aberta. O Tribunal reconheceu, com essas decisões, a impossibilidade de o legislador prever todas as situações concretas possíveis de incidência tributária dentro de uma materialidade, especialmente na situação de serem necessários conhecimentos técnicos para tanto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007

BRASIL. Comitê Gestor do Simples Nacional. Resolução CGSN n. 163, de 21 de janeiro de 2022. Aprova o Regimento Interno do Comitê Gestor do Simples Nacional de que trata o inciso I do caput do art. 2º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 63,

24 jan. 2022. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=122644>. Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Portal da Legislação*: Constituição. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. *Portal da Legislação*: Decretos. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d99274.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm). Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Diretoria de Geociências. 2023. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/territorio/divisao-politica.html>. Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Portal Biomas Brasileiros*. 2023. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/territorio/18307-biomas-brasileiros.html> - :-:text=Em%20nosso%20pa%C3%ADs%20podemos%20encontrar,grande%20riqueza%20natural%20no%20planeta. Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Portal Clima*. 2002. Disponível em: [http://geofpt.ibge.gov.br/informacoes\\_ambientais/climatologia/mapas/brasil/Map\\_BR\\_clima\\_2002.pdf](http://geofpt.ibge.gov.br/informacoes_ambientais/climatologia/mapas/brasil/Map_BR_clima_2002.pdf). Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Portal de Bacias e Divisões Hidrográficas do Brasil*. 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/cartas-e-mapas/informacoes-ambientais/31653-bacias-e-divisoes-hidrograficas-do-brasil.html>. Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Portal da Legislação*: Leis Ordinárias. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm). Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Portal da Legislação*: Leis Ordinárias. 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm). Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. *Portal da Legislação: Leis Ordinárias*. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm). Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. *Diário Oficial da União: Brasília, DF, 9 jan. 1975*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm). Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União: Brasília, DF, 15 dez. 2006*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm). Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Ministério do Meio Ambiente/Gabinete do Ministro. Portaria n. 630, de 5 de novembro de 2019. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama. Brasília: *Diário Oficial da União*, 08 nov. 2019. Disponível em: [http://conama.mma.gov.br/index.php?option=com\\_sisconama&task=arquivo.download&id=792](http://conama.mma.gov.br/index.php?option=com_sisconama&task=arquivo.download&id=792). Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso extraordinário n. 343.446/SC. Julgamento de recurso extraordinário. Recorrente: Moretti Automóveis Ltda. Recorrida: União. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 20 de mar. 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261045>. Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso extraordinário n. 977.725/RS. Julgamento de recurso extraordinário. Recorrente: Sindicato das Indústrias Têxteis do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrida: União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 11 de nov. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758725767>. Acesso em 16 abr. 2023

CARRAZZA, Roque Antonio; CARRAZZA, Elizabeth Nazar. Breves considerações sobre a tributação ambiental. In: LISBOA, Julcira Maria de Mello Vianna (coord.); LISBOA, Julcira Maria de Mello Vianna; ABROSIO, Cláudia Cristina dos Santos; MARCON, Giancarla Coelho Naccarati (orgs.). *O direito tributário como instrumento para a preservação do meio ambiente*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 25-65

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008

\_\_\_\_\_. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009

CARVALHO, Paulo de Barros. Incentivos fiscais destinados a viabilizar a redução da emissão de gases de efeito estufa. In: LISBOA, Julcira Maria de Mello Vianna (coord.); LISBOA, Julcira Maria de Mello Vianna; ABROSIO, Claudia Cristina dos Santos; MARCON, Giancarla Coelho Naccarati (orgs.). *O direito tributário como instrumento para a preservação do meio ambiente*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 11-24

FORTES, Fellipe Cianca; KEMPFER, Marlene. A tributação do ilícito ambiental: promoção de condutas sustentáveis por meio da competência tributária extrafiscal. In: MONICA, Eder Fernandes; HANSEN, Gilvan Luiz; BLÁZQUEZ, Guillermo Suárez (orgs.). *Libro de artículos: IV seminário internacional sobre democracia, ciudadanía y estado de derecho*. Ourense: Universidade de Vigo, 2022. p. 1258-1276

\_\_\_\_\_. *Princípio da seletividade tributária no estado ambiental: estímulo ao consumo sustentável*. No prelo 2023.

MARTINS, Joana D'Arc Dias. *Tributação, consumo e meio ambiente: a tributação ambiental como controle do consumo e seus reflexos no meio ambiente*. Curitiba: Juruá Editora, 2021

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: RT, 1970, t. III

NAGIB, Luiza; ASSUNÇÃO, Ana Cristina de Paulo. Seletividade do ipi como instrumento à sustentabilidade. In: LISBOA, Julcira Maria de Mello Vianna (coord.); LISBOA, Julcira Maria de Mello Vianna; ABROSIO, Claudia Cristina dos Santos; MARCON, Giancarla Coelho Naccarati (orgs.). *O direito tributário como instrumento para a preservação do meio ambiente*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 515-534

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de estocolmo sobre o meio ambiente humano*, 1972. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%de%Estocolmo%1972.pdf>. Acesso em 16 abr. 2023

\_\_\_\_\_. *Declaração do rio sobre o meio ambiente*, 2012. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sc/municipios/itajai/gerco/volume-v>. Acesso em 16 abr. 2023

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Direito Tributário Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Edição do Kindle



PARECER Nº 368 / 2023

*Consultante:* Secretaria Municipal de Governo

*Assunto:* Análise de projeto de lei n. 42/2022 (XXX84258) para sanção ou veto.

*Autoria:* Vereador Deivid Wisley Angelos

*Súmula do projeto de lei: Introduz alterações no artigo 234 da Lei dezembro de 2 fogos de artifício e de artefatos pirotécnicos com estampidos a ambientes particulares, bem como proibir a venda destes artefatos no Município de Londrina.*

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE DE PROJETO DE LEI APROVADO PELO LEGISLATIVO MUNICIPAL. DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. MODIFICAÇÃO DO CÓDIGO DE POSTURAS MUNICIPAL. PROJETO QUE PRETENDE PROIBIR A SOLTURA E DE VENDA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO NO ÂMBITO LOCAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO LÍCITO NO ÂMBITO NACIONAL. FALTA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL. VEDAÇÃO QUE ULTRAPASSA A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE DAS LIMITAÇÕES LEGAIS MUNICIPAIS AO EXERCÍCIO DA LIVRE INICIATIVA. NECESSIDADE DE VETO INTEGRAL, PELA IMPOSSIBILIDADE DE SEPARAÇÃO DAS MATÉRIAS PARA VETO PARCIAL.

### *1. Relatório*

A Secretaria Municipal de Governo consulta esta Procuradoria a respeito do Projeto de Lei n. 42/2022 (10184258), que altera a [Lei Municipal n. 11.468/2011, o Código de Posturas Municipal](#), para introduzir " *alterações no artigo 234 da Lei dezembro de 2 fogos de artifício e de artefatos pirotécnicos com estampidos a ambientes particulares, bem como proibir a venda destes artefatos no Município de Londrina*", para que o Prefeito possa se manifestar para fins de sanção ou veto.

Foi anexada a íntegra do processo legislativo que resultou na aprovação do projeto ([XXX84259](#)).

## *2. Análise*

### *2.1 Ressalvas iniciais*

Ressalte-se, antes de tudo, que o presente opinativo somente passa a ter validade jurídica após sua ratificação pelo Procurador-Geral do Município, mediante a assinatura eletrônica da Chefia máxima deste órgão jurídico, sem o que cuidar-se-á de mera minuta de parecer, que não produz nenhum efeito.

Também de antemão, deve ser ressaltado que a análise prévia de projetos de lei emanados do Poder Executivo, pela Gerência de Assuntos Legislativos e Normativos da Procuradoria-Geral do Município, deve se pautar em seus critérios formais, sendo indevida a incursão deste órgão de assessoria jurídica na adoção, ou não, da medida ou da política pública encetada na proposta legislativa, próprios da atividade político-administrativa (e não jurídica), salvo nos casos de flagrante inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Aclara-se, também, que o projeto analisado é o constante no documento [XXX84258](#). *A PGM não se responsabiliza por eventuais modificações que não tenham sido encaminhados a este serviço jurídico para análise.*

Ademais, não temos conhecimento nem formas de confirmação de dados fáticos mencionados no projeto, nem condições de julgar o acerto ou não das manifestações técnicas constantes do processo administrativo, o que deve ser confirmado pela autoridade consulente.

Recordamos, por fim, que a questão jurídica não esgota a amplitude da análise para sanção ou veto de um projeto de lei. Cremos ser essencial, portanto, a manifestação das secretarias e entes da Administração Indireta com atuação pertinente para uma análise de mérito acerca da viabilidade de sanção do projeto como aprovado, além do juízo político a ser exercido pelo Chefe do Poder Executivo Municipal.

O projeto de lei sob análise é de mérito irretocável, bem demonstrando a preocupação dos nobres Srs. Vereadores com o interesse público. Todos os apontamentos realizados por meio do presente parecer jurídico são de ordem estritamente técnica, no cumprimento da função de consultoria jurídica legalmente determinada à Procuradoria-Geral do Município, não significando, de modo algum, qualquer objeção político-ideológica do seu subscritor ou mesmo crítica à atuação dos Srs. Edis, que representam a vontade popular na nobre função de materialização da democracia representativa no âmbito local. Trata-se de mero cumprimento do dever legal que nos é imposto, com o nítido caráter de auxílio no controle da constitucionalidade das normas municipais e no contínuo aperfeiçoamento do processo legislativo municipal.

Passemos à análise do projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal de Vereadores.

## *2.2 Competência legislativa municipal*

Quanto à competência legislativa municipal, temos que diferenciar as modificações pretendidas pelo projeto de lei, que são duas de diferentes naturezas:

- a) a proibição de queima de fogos de artifício com estampido ou estouro no Município de Londrina (modificação de redação do inciso I do artigo 234 do Código de Posturas municipal);
- b) a proibição de venda de fogos de artifício com estampido ou estouro e de artigos similares, inclusive pirotécnicos, no Município de Londrina (inclusão do inciso V ao artigo 234 do Código de Posturas municipal).

Em nosso entendimento, há competência legislativa municipal para tratar do tema "a" ("proibição de queima de fogos de artifício"). Sob tal aspecto, há possibilidade do Município legislar sobre a matéria, sendo a competência fundamentada no artigo 30, incisos I e VII da [Constituição Federal](#), cuidando-se de norma relativa à organização territorial, meio ambiente e controle do uso do solo urbano, referente a posturas municipais, matéria correlata ao interesse local,

como se depreende da justificativa do projeto. Tal competência é referendada pela previsão do art. 5º, inciso I, XIII, XXII e XXXIX da [Lei Orgânica Municipal - LOM](#). Inclusive, o E. Supremo Tribunal Federal, há poucos dias, decidiu nesse mesmo sentido:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. RECURSO INTERPOSTO EM FACE DE ACÓRDÃO EM ADI ESTADUAL. LEI 6.212/2017 DO MUNICÍPIO DE ITAPETININGA/SP. PROIBIÇÃO DE SOLTURA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO E ARTEFATOS PIROTÉCNICOS QUE PRODUZEM ESTAMPIDO. PROTEÇÃO DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. NORMA MAIS PROTETIVA. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PARA A COMPETÊNCIA SUPLETIVA DOS MUNICÍPIOS. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O Município é competente para legislar concorrentemente sobre meio ambiente, no limite de seu interesse local e desde que esse regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados, assim como detém competência legislativa suplementar quanto ao tema afeto à proteção à saúde (art. 24, VI e XII, da CRFB/88). 2. É constitucionalmente válida a opção legislativa municipal de proibir o uso de fogos de artifício de efeito sonoro ruidoso, ao promover um padrão mais elevado de proteção à saúde e ao meio ambiente, nos limites razoáveis do regular exercício de competência legislativa pelo ente estatal. Precedente: ADPF 567, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 1º/3/2021, DJe de 29/3/2021. 3. Tese de repercussão geral: “É constitucional – formal e materialmente – lei municipal que proíbe a soltura de fogos de artifício e artefatos pirotécnicos produtores de estampidos”. 4. Recurso extraordinário conhecido e desprovido. (RE 1210727, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 16-05-2023 PUBLIC 17-05-2023)

Por outro lado, entendemos que não há competência legislativa municipal para tratar do tema "b" ("proibição de venda de fogos de artifício"). Expliquemos.

A nosso ver, podem os municípios legislar sobre direito econômico - aí incluído o consumo - por uma interpretação conjunta do art. 30 e do art. 24, ambos da CF/88, sob a perspectiva do interesse local, mas com respeito às normas gerais expedidas pela União. Mas a proibição de venda de um produto ou serviço que é considerado lícito em âmbito nacional, mormente em respeito à noção de liberdade de trabalho (art. 5º, XIII, CF/88) e à livre iniciativa (art. 3º, IV e art. 170, CF) parecem ultrapassar a competência legislativa municipal de forma clara.

Veja-se que a venda de fogos de artifício é regulada por lei federal e é lícita, regulada pelo [Decreto-Lei n. 4.238/1942](#), que prevê, em seu artigo 1º:

*Art. 1º São permitidos, em todo o território nacional, a fabricação, o comércio e o uso de fogos de artifício, nas condições estabelecidas neste decreto-lei.*

Ora, no que se refere a normas de Direito Econômico, se é bem verdade que os municípios podem legislar em atendimento ao interesse local, as leis municipais não podem contrariar as previsões das normas gerais de cunho nacional, por interpretação conjunta das regras da competência concorrente (art. 24, CF/88). Ademais, a gravosa proibição de comercialização local de um produto considerado lícito nacionalmente não parece atender aos limites da razoabilidade e da proporcionalidade na limitação da atividade econômica privada, ultrapassando os limites da regulamentação limitadora da livre iniciativa (art. 170, Parágrafo Único, CF/88).

Note-se que já tivemos um precedente judicial do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR que declarou inconstitucional a [Lei Municipal n. 9.188/2003](#), de Londrina, que proibia a venda de armas de brinquedo em âmbito local. O E. TJPR entendeu, por seu Órgão Especial, que a matéria de "proibição de comercialização de produtos" é de competência privativa federal, por força do art. 22, inciso I, da CF/88:

*INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL DE LONDRINA Nº 9.188/2003 - PROIBIÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE ARMAS DE BRINQUEDO - OPOSIÇÃO DA LEI MUNICIPAL AO ART. 26 DA LEI Nº 10.826/2003 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO) - HIPÓTESE DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO - ART. 22, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI MUNICIPAL - INCIDENTE PARCIALMENTE PROCEDENTE. A comercialização de produtos é matéria de competência legislativa privativa da União, por se relacionar com o livre exercício da atividade comercial (art. 22, inciso I, da CR/88), não podendo os Estados e os Municípios, sob o fundamento da presença do interesse local, legislarem a respeito do tema, sob pena de usurpação de competência. (TJPR - Órgão Especial - IDI - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: DESEMBARGADOR JONNY DE JESUS CAMPOS MARQUES - União/nome - J. 17.02.2014)*

Inclusive, o parecer jurídico da Assessoria Jurídica do Legislativo Municipal apontou o mesmo vício (p. 6-16 e p. 23-28 - doc. [10184259](#)), com fundamentos um pouco diversos.

*Por tal razão, opinamos pelo veto da proposta em relação ao tema da proibição de venda de fogos de artifício, por sua inconstitucionalidade. Há, contudo, problemas na técnica legislativa escolhida pelo Legislativo Municipal, que voltaremos a aprofundar no item 2.5 infra, ao qual remetemos o consulente e que complementam o aqui exposto.*

### *2.3 Iniciativa legislativa*

Além do problema de inconstitucionalidade acima apontado, em relação à iniciativa do projeto de lei, há aspectos que merecem detença.

É que o projeto de lei modifica e aumenta situações vedadas pelo Código de Posturas local, pressupondo-se que deverá haver a fiscalização por parte de órgãos administrativos municipais. Sob tal perspectiva, potencialmente há a obrigação de criação de meios de fiscalização por órgãos de polícia municipal.

Em relação a tal aspecto, no que se refere à autoria, a questão posta a debate neste pedido de parecer é complexa, sendo defensável tanto o posicionamento de que não se cuida de matéria de autoria privativa do Prefeito, quanto, contrariamente, de que refere-se à estruturação e fiscalização administrativas, ínsitas à Administração Pública e portanto de iniciativa vinculada ao Chefe do Executivo (art. 29, II, LOM). *Isso porque o texto do projeto aprovado prevê, expressamente, a criação de ônus fiscalizatório ao Executivo Municipal, sendo a iniciativa, no caso concreto, do Poder Legislativo.*

Ambas as posições são defensáveis juridicamente, e portanto, através de um juízo de oportunidade e conveniência, deve ser definida a linha a ser adotada pelo Exmo. Sr. Prefeito Municipal, no exercício de sua legítima discricionariedade administrativa.

*Desse modo, se a vedação estipulada na lei municipal ensejar a necessidade de criação de uma nova atividade fiscalizatória para o Município, ter-se-ia uma situação de possível ofensa à iniciativa privativa do Executivo Municipal, numa das interpretações possíveis sobre a matéria. Se a prescrição legal apenas ensejar o acréscimo de um item a ser fiscalizado dentro de uma estrutura de poder de polícia administrativa já existente, inserindo-se em atividade ordinária, cremos inexistir qualquer vício na iniciativa legislativa da proposta.* Seria importante que fosse verificada essa situação previamente à decisão sobre a sanção ou veto por parte do Exmo. Sr. Chefe do Executivo Municipal.

Se o efeito prático do projeto for a necessária criação de uma nova estrutura ou procedimento fiscalizatórios, esclarecemos que, numa interpretação mais literal da Constituição Federal, da Constituição Estadual e da Lei Orgânica Municipal, averigua-se que efetivamente não se dispõe, expressamente, que a fixação de posturas municipais sejam de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Por tal linha de raciocínio, não havendo disposição expressa nesse sentido, cuidar-se-iam de matérias de iniciativa concorrente entre Executivo e Legislativo, autorizando-se pois o início do processo legislativo por parte do(a) Exmo(a). Sr(a). Vereador(a) subscritor(a) deste projeto de lei.

De outro vértice, não há como negar-se a existência de entendimento contrário, no sentido de que tais matérias, ao se inserirem no poder de polícia administrativa, e, corolário lógico, na

própria estrutura da Administração Pública se criarem a necessidade de novas estruturas e procedimentos fiscalizatórios, devem ser cuidadas por meio de normas legais de iniciativa privativa do Prefeito Municipal.

Com efeito, por uma interpretação mais sistemática, verifica-se a Constituição Federal determina, em seu art. 61, § 1º, II “ε”, que compete privativamente ao Chefe do Executivo iniciar processo legislativo cujo objeto seja matéria atinente à Administração Pública, *ad litteram*:

*Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*

*§ 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:*

*(...)*

*II - disponham sobre:*

*(...)*

*e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; [...]*

A interpretação dada à norma pelo Supremo Tribunal Federal não deixa dúvidas que ali insere-se toda matéria relativa à Administração Pública, e não somente (ou literalmente) a criação ou extinção de órgãos administrativos. Confira-se:

*EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL PAULISTA DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE TRATA SOBRE A VEDAÇÃO DE ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA E FUNDAÇÕES PÚBLICAS. REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DE DEVERES, PROIBIÇÕES E RESPONSABILIDADES DOS SERVIDORES PÚBLICOS, COM A CONSEQUENTE SANÇÃO ADMINISTRATIVA E PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO. INTERFERÊNCIA INDEVIDA NO ESTATUTO JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA RESERVADA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 2º E 61, §1º, II, “C”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO NORMATIVO ESTADUAL. 1. Da análise da legislação contestada, verifica-se que, não obstante seu objeto inicial seja a disciplina de vedação do*

*assédio moral no âmbito da administração pública estadual direta, indireta e fundações públicas, em verdade, versa sobre questões atinentes ao campo do estatuto dos servidores públicos, na medida em que regulamenta deveres, proibições e responsabilidades dos servidores públicos. 2. As prescrições da legislação paulista para além da classificação das condutas classificadas como vedadas, por versarem comportamento de assédio moral (arts. 1º e 2º), impõem sanção aos atos praticados resultantes do assédio com a pena de nulidade de pleno direito (art. 3º). Ademais, são fixadas disposições sobre sanções administrativas (como advertência, suspensão e demissão, art. 4º) e os procedimentos de apuração e do exercício do direito de defesa do servidor acusado. Regras jurídicas que justificam o enquadramento da lei no campo material do estatuto de servidores públicos. 3. A organização da relação estatutária dos servidores públicos é atribuição reservada do Poder Executivo, não competindo a outro Poder interferência indevida no espaço decisório acerca dos comandos da administração pública. Violação do art. 61, §1º, “c” e do art. 2º da Constituição Federal. Competência legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 4. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.(ADI 3980, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-282 DIVULG 17-12-2019 PUBLIC 18-12-2019)*

*EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N. 3.779/2004. PROCESSO LEGISLATIVO DE INICIATIVA PARLAMENTAR. 1) FIXAÇÃO DE LISTA DE MÉDICOS PLANTONISTAS, MÉDICO RESPONSÁVEL E ESPECIALIDADES. VÍCIO DE INICIATIVA NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE CRIAÇÃO DE CARGOS, DE AUMENTO DE DESPESAS OU DE ALTERAÇÃO NA ESTRUTURA E ATRIBUIÇÃO DE ÓRGÃOS E SECRETARIAS DO MUNICÍPIO. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI MUNICIPAL N. 3.779/2004. 2) CRIAÇÃO DE SERVIÇO TELEFÔNICO PARA DENÚCIAS E INFORMAÇÕES. VÍCIO DE INICIATIVA CONFIGURADO. ACÓRDÃO MANTIDO NESTA PARTE. CONTRARIEDADE AO ART. 61, § 1º, INC. II, AL. A, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. 3) RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO: DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI MUNICIPAL N. 3.779/2004.(RE 600483, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 25-10-2019 PUBLIC 28-10-2019)*

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. INSTITUIÇÃO DE SERVIÇO DE ODONTOLOGIA NAS ESCOLAS DA REDE MUNICIPAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VÍCIO DE INICIATIVA. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE DISPÕE SOBRE ATRIBUIÇÕES E ESTABELECE OBRIGAÇÃO A ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES SUPREMO TRIBUNAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.(ARE 761857 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma,*

*julgado em 24/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 19-04-2017 PUBLIC 20-04-2017)*

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VÍCIO DE INICIATIVA. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE DISPÕE SOBRE ATRIBUIÇÕES E ESTABELECE OBRIGAÇÃO A ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Acórdão recorrido que se encontra em sintonia com a jurisprudência desta Corte no sentido de que padece de inconstitucionalidade formal a lei de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições ou estabeleça obrigações a órgãos públicos, matéria da competência privativa do Chefe do Poder Executivo. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.(RE 653041 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 08-08-2016 PUBLIC 09-08-2016)*

*EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de iniciativa parlamentar que dispõe sobre atribuições de órgãos da Administração Pública. Vício de iniciativa reconhecido. Inconstitucionalidade mantida. 1. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento pacífico da Corte de que é inconstitucional lei proveniente de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições de órgãos da Administração Pública. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.(ARE 1022397 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 08/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-129 DIVULG 28-06-2018 PUBLIC 29-06-2018)*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 10539/00. DELEGACIA DE ENSINO. DENOMINAÇÃO E ATRIBUIÇÕES. ALTERAÇÃO. COMPETÊNCIA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SIMETRIA. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELOS ESTADOS MEMBROS. VETO. REJEIÇÃO E PROMULGAÇÃO DA LEI. VÍCIO FORMAL: MATÉRIA RESERVADA À INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO. 1. Delegacia de ensino. Alteração da denominação e das atribuições da entidade. Iniciativa de lei pela Assembléia Legislativa. Impossibilidade. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo sobre matérias pertinentes à Administração Pública (CF/88, artigo 61, § 1º, II, "e"). Observância pelos estados-membros às disposições da Constituição Federal, em razão da simetria. Vício de iniciativa. 2. Alteração da denominação e das atribuições do órgão da Administração Pública. Lei oriunda de projeto da Assembléia Legislativa. Veto do Governador do Estado, sua rejeição e a promulgação da lei. Subsistência do atentado à competência reservada ao Chefe do Poder Executivo para dispor sobre a matéria. Vício formal insanável, que não se convalida. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei 10539, de 13 de abril de 2000, do Estado de São Paulo. (STF, ADI 2417, rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 5.12.2003).*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.835/2001 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. INCLUSÃO DOS NOMES DE PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS INADIMPLENTES NO SERASA, CADIN E SPC. ATRIBUIÇÕES DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA. INICIATIVA DA MESA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. A lei 6.835/2001, de iniciativa da Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, cria nova atribuição à Secretaria de Fazenda Estadual, órgão integrante do Poder Executivo daquele Estado. À luz do princípio da simetria, são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre a organização administrativa do Estado, podendo a questão referente à organização e funcionamento da Administração Estadual, quando não importar aumento de despesa, ser regulamentada por meio de Decreto do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, e art. 84, VI, a da Constituição federal). Inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa da lei ora atacada (STF, ADI 2857, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 30.11.2007).*

*Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Controle de constitucionalidade. Declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de origem, de lei municipal em face da Constituição estadual. Matéria de reprodução obrigatória. Constituição Federal. Cabimento de recurso extraordinário. 3. Vício de iniciativa. Lei decorrente de projeto de autoria parlamentar que altera atribuições de órgãos da Administração Pública atrai vício de reserva de iniciativa, porquanto essa matéria está inserida entre aquelas cuja deflagração do processo legislativo é exclusiva do Poder Executivo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 586050-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 23.03.2012)*

A interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do art. 61, § 1º, II, "b", "c" e "e", da Constituição Federal, é no sentido, portanto, de que todas as matérias pertinentes à Administração Pública são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, porque, ao final e ao cabo, inserem-se na própria autonomia de gestão conferida ao Executivo em relação ao Legislativo, poderes que devem ser harmônicos e independentes entre si.

E o E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná não destoa desse entendimento:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR AD REFERENDUM. LEI MUNICIPAL, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE PROÍBE A AUTARQUIA FORNECEDORA DE SERVIÇOS DE ÁGUA DE COBRAR A TARIFA BÁSICA DE CONSUMO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA ARGUMENTAÇÃO E DO PERIGO NA DEMORA. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA.*

*INTROMISSÃO PARLAMENTAR NA ESFERA DE ATRIBUIÇÕES DO CHEFE DO EXECUTIVO PARA FIXAR AS DIRETRIZES DE CONDUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ESTABELECEM POLÍTICAS PÚBLICAS REMUNERATÓRIAS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. INGERÊNCIA NA AUTARQUIA PRESTADORA DOS SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA, ENTIDADE PERTENCENTE À ADMINISTRAÇÃO INDIRETA MUNICIPAL. OFENSA À SEPARAÇÃO DE PODERES (ART. 7º, 66, IV e 87, VI, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL). PERIGO NA DEMORA IGUALMENTE DEMONSTRADO. RISCO DE DANOS IRREPARÁVEIS AOS COFRES PÚBLICOS. CAUTELAR DEFERIDA. (TJPR - Órgão Especial - 0048806-50.2020.8.16.0000 - \* Não definida - Rel.: Desembargador Arquelau Araujo Ribas - J. 15.12.2020)*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 899/2011, Lei nº 9.179/2012 e lei nº 9.523/2013, do Município de Maringá. REVOGAÇÃO TÁCITA DOS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 966/2013, DA MESMA MUNICIPALIDADE, QUE INSTITUIU O novo plano de Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos servidores públicos ativos do quadro geral da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo do Município de Maringá, submetidos ao regime estatutário, dispondo sobre a carga horária APLICÁVEL AOS SERVIDORES OCUPANTES DOS CARGOS DE FONOAUDIÓLOGO, NUTRICIONISTA, FARMACÊUTICO, TÉCNICO EM RADIOLOGIA E ENFERMEIRO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL NESSE PONTO. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL E DO STF. PARCIAL EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. MÉRITO. LEIS DE INICIATIVA PARLAMENTAR. INSTITUIÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO DE 30 HORAS SEMANAIS A ALGUMAS CATEGORIAS DE EMPREGADOS PÚBLICOS VINCULADOS AO PODER EXECUTIVO DO MUNICÍPIO DE MARINGÁ. VÍCIO FORMAL. INICIATIVA DE LEIS QUE VERSEM SOBRE REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES DO PODER EXECUTIVO QUE CABE AO CHEFE DESSE PODER. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 66, II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. BOA-FÉ DOS EMPREGADOS PÚBLICOS ABRANGIDOS PELAS NORMAS CONTESTADAS. SEGURANÇA JURÍDICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, COM EFEITOS EX NUNC, A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DESTA DECISÃO. (TJPR - Órgão Especial - 0029250-62.2020.8.16.0000 - \* Não definida - Rel.: Desembargadora Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - J. 15.12.2020)*

*Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 6.466/2015 do Município de Cascavel (pr). Norma que dispõe sobre: a) a utilização exclusiva da bilhetagem eletrônica no transporte coletivo urbano; b) proíbe o repasse dos custos da medida para os usuários; c) proibição de demissão dos empregados que atualmente exercem a função de cobrador; d) autoriza a comercialização do verso do cartão eletrônico como espaço publicitário. Preliminar. Ação conhecida em parte, tão somente com relação aos parâmetros de controle*

*previstos na Constituição do Estado do Paraná. Art. 101, vii, “f”, da Constituição Estadual. Mérito. Projeto de lei de autoria de membro do Poder Legislativo Municipal. Ingerência na forma de prestação do serviço público local, suprimindo do Poder Executivo a condução dos contratos administrativos. Inconstitucionalidade verificada. Vício formal de iniciativa. Artigo 7º da constituição estadual. Ação julgada procedente. (TJPR - Órgão Especial - 0060804-49.2019.8.16.0000 - \* Não definida - Rel.: Desembargador Hamilton Mussi Corrêa - J. 10.06.2020)*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1.078/2017 DO MUNICÍPIO DE QUATRO BARRAS/PR, QUE AUTORIZOU A CONTRATAÇÃO DE SEGURO DE VIDA PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS DA URBE. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA NORMA PELA INEXISTÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. POTENCIAL OFENSA MERAMENTE REFLEXA À CARTA ESTADUAL. LEIS ORÇAMENTÁRIAS INTERPOSTAS ENTRE O PARÂMETRO DE CONTROLE E A LEI QUESTIONADA. EXTINÇÃO PARCIAL DA DEMANDA SEM EXAME DO MÉRITO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. OCORRÊNCIA. PROCESSO LEGISLATIVO INICIADO POR PARLAMENTARES DA MUNICIPALIDADE. VÍCIO DE INICIATIVA. A LEI IMPUGNADA MODIFICOU A RELAÇÃO JURÍDICA MANTIDA ENTRE O ENTE POLÍTICO E OS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS. NORMA QUE OSTENTA NATUREZA JURÍDICA DE REGIME JURÍDICO. INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PARA DAR INÍCIO AO PROCESSO LEGISLATIVO EM NORMAS DESTA ESTIRPE NA LINHA DO ART. 66, INC. II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE. (TJPR - Órgão Especial - 0065099-32.2019.8.16.0000 - \* Não definida - Rel.: Desembargador Carlos Mansur Arida - J. 27.07.2020)*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL Nº 19.810/2019, QUE INSTITUI O PLANO ESTADUAL DE FLORESTAS PLANTADAS NO ÂMBITO DE ESTADO DO PARANÁ - PROJETO DE LEI DEFLAGRADO POR PARLAMENTARES. VÍCIO DE INICIATIVA - ARTIGO 66, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ. DIPLOMA NORMATIVO QUE, AO ESTABELECEER NORMAS DE DIREITO AMBIENTAL, PROMOVEU REDESENHO DE ÓRGÃOS E SECRETARIAS DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL - SUPRESSÃO DE ATRIBUIÇÕES DA SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE E INCREMENTO DAS INCUMBÊNCIAS DA SECRETARIA DE ESTADO DA AGRICULTURA E DO ABASTECIMENTO, A QUAL RECEBE A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DENOMINADA “AUTORIDADE DE FLORESTAS PLANTADAS” - ALTERAÇÕES NA COMPOSIÇÃO DO FUNDO DE EQUIPAMENTO AGROPECUÁRIO (FEAP), QUE PASSA A INCORPORAR RECEITAS ORIUNDAS DO SETOR FLORESTAL - MATÉRIA AFETA À ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL - INICIATIVA RESERVADA AO CHEFE DO EXECUTIVO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (ARTIGO 7º*

*DA CE). PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL - INCONSTITUCIONALIDADE QUE ATINGE A LEI EM SUA INTEIREZA, DIANTE DA INTERDEPENDÊNCIA ENTRE SEUS DISPOSITIVOS - INVIABILIDADE DE MANUTENÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO DOS DISPOSITIVOS QUE NÃO TRATAM DE ATRIBUIÇÕES DO PODER EXECUTIVO - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (TJPR - Órgão Especial - 0014017-59.2019.8.16.0000 - \* Não definida - Rel.: Desembargador Antonio Loyola Vieira - J. 02.09.2019)*

A interpretação devida ao art. 29, II, da LOM, portanto, não poderia se dar de maneira diversa, haja vista cuidar-se de regra simétrica à norma constitucional acima transcrita, até porque se acatada a possibilidade de iniciativa de projetos legislativos atinentes à organização, poder fiscalizatórios, atribuições, etc., da Administração por força do Poder Legislativo, por via transversa estar-se-ia atentando contra o princípio da separação de poderes (art. 2º, CF), porque seria dado ao Legislador impor regras ao Executivo referentes à sua própria organização administrativa.

Assim, é robusto o entendimento de que as **posturas municipais** cuidam-se de matéria atinente à Administração Pública, por versarem sobre normas de conduta impostas aos munícipes para o bem estar comum, com a criação de ônus fiscalizatório ao Poder Executivo. Logo, caso o efeito da previsão legal seja o de exigir a criação de novas estruturas administrativas ou novos procedimentos fiscalizatórios, a iniciativa de deflagração do processo legislativo parece ser privativa do Chefe do Poder Executivo, não autorizando o ordenamento jurídico-constitucional que seja iniciado por outrem.

Nesse sentido, diversos precedentes jurisprudenciais, em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, como se verifica dos arestos a seguir exemplificados:

*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal. Iniciativa do Poder Legislativo. Regulação de posturas municipais. Uso de bem público. Intervenção na autonomia administrativa do Poder Executivo. É inconstitucional a lei, de iniciativa do Poder Legislativo, que interfere na autonomia administrativa atribuída ao Executivo, ao estabelecer normas sobre posturas municipais. A iniciativa para deflagrar processo legislativo, em matéria que envolva a organização administrativa, é princípio constitucional básico, que deve ser aplicado nas três esferas políticas da Federação. Representação julgada procedente. (TJMG, ADI N° 1.0000.09.508655-9/000, Rel. Des. Almeida Melo, DJ 26.08.2011)*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL - REGULAMENTAÇÃO DE POSTURAS MUNICIPAIS - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. É de ser declarada inconstitucional a Lei Municipal de iniciativa do Poder Legislativo que trata de normas sobre posturas municipais, por ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes, consagrado, em relação aos Municípios, no art. 173 da CEMG. Representação acolhida. (TJMG, ADI nº 1.0000.06.449.058-4/000, Rel. Des. Cláudio Costa, DJ de 07.04.2008).*

*Desse modo, se a questão tratada na proposta legislativa é de conferir novas atribuições ao Poder Executivo, por meio da criação de uma nova postura pública a ser seguida e, exatamente por isso, sendo mister sua posterior fiscalização, haveria a invasão da competência subjetiva para a sua deflagração, conforme acima apontado. Se não há criação de nova obrigação fiscalizatória, mas apenas a inclusão de um novo item numa estrutura já existente de exercício do poder de polícia administrativa o que parece ocorrer no caso, mas deve ser confirmado pelas autoridades competentes -, inexistente o vício de iniciativa, situação concreta que deve ser analisada e avaliada pelas autoridades competentes.*

#### *2.4 Da necessidade de audiência pública*

Recordamos que diante do que prevê o art. 2º, § 1º, II, "f", da [Lei Municipal n. 13.339/2022](#), a [Lei Geral do Plano Diretor Participativo Municipal](#), o Código de Posturas é considerado parte integrante do Plano Diretor de Londrina, o que é bastante discutível - pela natureza das normas de postura -, mas que é o quadro atual do ordenamento jurídico municipal.

Em assim sendo, modificações na legislação referida estariam sujeitas, *a priori*, à necessidade de prévias *audiências públicas* como instrumento de democratização (art. 144, I e 148 do Plano Diretor).

No caso presente, como se denota do processo legislativo ([XXX84259](#)), foi realizada uma audiência pública, tendo o Poder Legislativo considerado suprido o requisito de participação popular.

### *2.5 Aspectos atinentes ao mérito do projeto e da necessidade de veto integral pela técnica legislativa escolhida*

Quanto ao mérito do projeto *não vislumbramos nenhuma ofensa a normas constitucionais em relação ao tema da proibição de soltura de fogos de artifício*, encontrando-se dentro da discricionariedade legislativa no trato dos assuntos de interesse local. Mas, como já exposto no item 2.2 *supra*, consideramos que a *proibição de venda de fogos de artifício prevista no projeto é inconstitucional e deve ser vetada*.

Ocorre que a técnica legislativa escolhida pelos Srs. Vereadores no caso concreto impede o veto parcial do projeto de lei.

É que todas as modificações pretendidas, a que está de acordo com a Constituição Federal e com a LOM - que deveria ser sancionada - e a que não está - e que deveria ser vetada - encontram-se no mesmo artigo 1º do projeto de lei, não sendo possível separá-las. Determina, nesse sentido, a [Constituição de 1988](#), em regra reproduzida pelo art. 31, § 2º da [Lei Orgânica Municipal - LOM](#):

*Art. 66. [...]*

*§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. [...]*

Ora, o artigo 1º é composto apenas do *caput*, seguido do texto que se modificará no Código de Posturas. A redação compõe um todo que não é dividido em parágrafo, inciso ou alínea (o que é dividida é a redação do artigo modificado no Código de Posturas, mas que não compõe um inciso do projeto de lei sob análise).

*Desse modo, consideramos que todo o projeto deverá ser vetado, em sua integralidade, pela impossibilidade de separação dos temas, sem prejuízo de posterior aprovação de novo projeto que abranja apenas a proibição de soltura de fogos de artifício, se for essa a vontade do Legislativo Municipal.*

### 3. Conclusão

*Por todo o exposto no tópico 2, a que remetemos a consulente, opinamos, sob o aspecto estritamente jurídico, que o projeto seja integralmente vetado, pela inconstitucionalidade da proibição de comercialização de produto lícito em âmbito nacional e em face da impossibilidade de veto parcial no caso concreto pela técnica legislativa escolhida pelo Legislativo Municipal.*

Além do aqui exposto, recordamos, no mais, que o Chefe do Executivo Municipal deve avaliar sob o ponto de vista de seu juízo político-administrativo se convém sancionar ou vetar o projeto no todo ou em parte, pois a análise não se limita à dimensão jurídica, mas de conveniência administrativa, também, devendo serem ouvidos os órgãos e entidades da Administração com competência para análises sob outras dimensões que não a estritamente jurídica.

São as considerações que devem ser remetidas à apreciação e à ratificação superior.

Ressalte-se, por fim, 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.

Londrina (PR), 18 de maio de 2023.

**CARLOS RENATO CUNHA**

Procurador do Município de Londrina

Matrícula 14157-7 - OAB/PR 35.367

Ratifico-o. Tendo em vista o contido na Portaria nº 20/2014-PGM, encaminho ao Gabinete para ratificação.

*MARCELO MOREIRA CANDELORO*

Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos

Em face do previsto na Portaria 20/2014-PGM, RATIFICO-O.

*RENATA KAWASSAKI SIQUEIRA*

Procuradora-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria