

nº 13.1

revista de direito público

da Procuradoria-Geral do Município de Londrina



Julho de 2024 - 247 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. 13, Nº 1, Julho 2024
Londrina

RDP-PGM Londrina	Londrina	V. 13 – Nº 1	p. 247	Julho 2024
------------------	----------	--------------	--------	------------



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.13, n.1, (Jul, 2024) – Londrina, 2024.

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: ago. 2024

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

Assessor Técnico de Análise do Ambiente Urbano – ATAU
Cesar Ricardo Benini

Gerente de Cálculos – GCALC
Marcello Alessandro Pessa Miranda Lima

Coordenadora Técnico-Administrativa de Cálculos – CTACALC
Jaqueline Claudino da Silva

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

Coordenador Técnico Orçamentário e Financeiro – CTOF
João Paulo Santiago

Coordenadora de Apoio à Gestão de Pessoas – CAGP
Fabiana Akemi Ueda

Coordenadora Técnico-Jurídica – CTJ GAFT
Danielle Cristina Marin de Carvalho

Coordenadora de Análise de RPVs e Precatórios - CARP
Queila Justo de Oliveira

Coordenadora Técnico-Jurídica – CTJ GPPUMA
Daniela da Rocha

Coordenador Técnico-Administrativo – CTA GPPUMA
Régis Issao Matsuo

Coordenadora Técnico-Jurídica – CTJ GLC
Ana Paula Modena

Coordenador Técnico-Jurídico – CTJ GSP
Bruno Aparecido Camilo

Coordenadora de Apoio Administrativo à Execução Fiscal – CAAEF
Eliza Tizuru Sonomura

Coordenadora de Apoio à Arrecadação Fiscal – CAAF
Amanda Maia Fracaroli

Coordenador de Apoio Administrativo de Grandes Devedores e Habilitação de Crédito – CGD
Emylaine Ruthes Bernardes



Coordenador Técnico-Jurídico – CTJ GEF
João Paulo Sacchetto

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

Fábio César Teixeira

Diretor de Assuntos Jurídicos e Institucionais (Vice-Presidente)

Marcelo Moreira Candeloro

Diretora Administrativa

Lia Correia

Diretor Financeiro

Leonardo Martin Garcia

Diretor de Comunicação

Sergio Corrêa

Diretor de Eventos

Renato Cavalcante Calixto

Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos

Rafael Diogo Diógenes Lemos

Conselho Fiscal

Carlos Renato Cunha

Renata Kawassaki Siqueira

Vinicius Vaz Andrade

Diane Fernanda Barbosa Rodrigues (suplente)

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	11
ARTIGOS	
A PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ALTERAR UNILATERALMENTE O CONTRATO ADMINISTRATIVO: MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 14.133/2021 <i>Alexandre Levin</i> <i>Eduardo Levin</i>	13
SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO <i>Fernanda de Holanda Paiva Nunes</i> <i>Gabrielle Jacobi Kölling</i> <i>Joedson de Souza Delgado</i>	29
CRIMINOLOGÍA Y SUS NUEVAS PERSPECTIVAS <i>Douglas Bonaldi Maranhão</i> <i>Ederson Luiz Reis dos Santos</i>	47
O COMBATE À CORRUPÇÃO COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA A GARANTIA DA HIGIEDEZ DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA <i>Ana Paula da Silva Nascimento</i> <i>Bianor Saraiva Nogueira Júnior</i>	81
PARADOJA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES Y SUS IMPLICACIONES <i>Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho</i> <i>Johnatan Abril Huérfano</i>	95
A PROVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA <i>Eduardo Silveira Frade</i> <i>Geilson Salomão Leite</i> <i>Thaciano Rodrigues de Azevedo</i>	105
A APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE E DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A VACINAÇÃO COMPULSÓRIA DA COVID-19 (ADI 6.586/DF) <i>Giovana Giulia Silva</i> <i>Isabela Vassoler da Silva Vilar</i> <i>Luiz Henrique Cademartori</i>	119

O PROCESSO ESTRUTURAL E SUA IMPLEMENTAÇÃO: REFLEXÕES A PARTIR DA OBRA SHAKESPEARIANA “MEDIDA POR MEDIDA”

Danielly Suellen Xavier

Paulo Henrique Guilman Tanizawa.....135

PODE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CELEBRAR ACORDO EM PRECATÓRIO PARA RESOLVER LITÍGIOS? PROPOSTA DE RELEITURA DO ART. 100, § 20 DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA

Bruna Ferrarini Berleis

Brunna Regina Picote

Rene Erick Sampar.....155

APONTAMENTOS SOBRE A INTEGRIDADE COMO FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS BRASILEIRO

Amanda Ferreira Nunes Rodrigues

Luiz Alberto Pereira Ribeiro

Rafael Diogo Diógenes Lemos.....175

SANEANDO VÍCIOS DOS RECURSOS PENAIS ATRAVÉS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: APLICAÇÃO SUPLETIVA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 932

Bruno Gimenes Di Lascio

Eduardo Augusto Salomão Cambi.....193

DESUMANO, DEMASIADO DESUMANO: ADOECIMENTO MENTAL DOS TRABALHADORES ROTULADORES DE DADOS DO CHATGPT

Jessy Borges Ferracioli

Samia Cirino.....211

PARECERES

TEMPO MÁXIMO PARA O ATENDIMENTO AOS CLIENTES EM CARTÓRIOS PÚBLICOS

Carlos Renato Cunha.....233

PUBLICAÇÃO DE EDITAL EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho.....239

EDITORIAL

Chegamos ao 1º volume da 13ª 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, referente a Julho de 2024.

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
Agosto de 2024.

João Luiz Martins Esteves
Procurador-Geral do Município

Carlos Renato Cunha
Coordenador da Revista

Fábio César Teixeira
Presidente da APROLON

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

A PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ALTERAR UNILATERALMENTE
O CONTRATO ADMINISTRATIVO: MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº
14.133/2021¹

*THE PREROGATIVE OF THE PUBLIC ADMINISTRATION TO UNILATERALLY AMEND
THE ADMINISTRATIVE CONTRACT: MODIFICATIONS INTRODUCED BY LAW NO.
14,133/2021*

Alexandre Levin²

Eduardo Levin³

Resumo: O texto tem por objetivo examinar o impacto que a Lei Federal nº 14.133/2021 (nova Lei Geral de Licitação e Contratos Administrativos do Brasil) produz sobre o regime jurídico concernente à prerrogativa da Administração Pública de alterar unilateralmente os contratos administrativos. Arrola as principais modificações introduzidas pelo novo texto legal no que diz respeito à referida prerrogativa, entre as quais se destacam: a determinação de que os limites legais são aplicáveis tanto para as alterações quantitativas quanto para as qualitativas, a proibição expressa de que a alteração transfigure o objeto da licitação e a introdução de regras para impedir a prática do “jogo de planilhas”. Dentre essas últimas regras, estão a que veda a diminuição da diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço do orçamento de referência, nos casos de aditamentos que alterem a planilha orçamentária, e a que impõe que os preços unitários dos itens a serem acrescidos sejam submetidos a uma redução correspondente à diferença percentual entre o preço da proposta vencedora e aquele constante do orçamento estimativo da Administração, nas licitações cujo critério adotado para a eleição do vencedor seja o menor valor global ofertado. As modificações introduzidas pela nova lei visam conciliar o respeito ao princípio da licitação com a necessidade de admissão de que se façam alterações nos pactos originalmente estabelecidos, nos casos em que esse tipo de conduta for a mais indicada para a satisfação do interesse público.

¹ Recebido em 11/04/2024 e aprovado em 13/08/2024.

² Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1998) e é mestre (2008) e doutor (2014) em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador do Município de São Paulo desde 2000, atualmente exercendo a função de Assessor Jurídico na Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento (SMUL). Professor de Direito Administrativo e de Direito Ambiental no Curso de Graduação em Direito da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da PUC-SP/COGEAE. Professor de Cursos de Pós-Graduação em Direito Público e Direito Municipal (FADUSP/RP, EPD, Damasio). Membro efetivo da Comissão de Direito Urbanístico da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo (OAB-SP). Membro efetivo do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Advogado em São Paulo.

³ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (ano de conclusão: 2005), com especialização em Direito Processual pela Faculdade Autônoma de Direito (ano de conclusão: 2007). Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (ano de conclusão: 2021). Atualmente é Defensor Público Federal (membro da Defensoria Pública da União desde agosto de 2008), e pesquisador da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no grupo de pesquisa PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO DIREITO ADMINISTRATIVO E CONTRAFAÇÕES ADMINISTRATIVAS. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Previdenciário. Atua principalmente nos seguintes temas: concessão, manutenção e revisão de benefícios previdenciários, regimes geral e próprios de previdência, previdência complementar, atos administrativos, processos administrativos, contencioso administrativo. Cursa Doutorado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (ano de início: 2022)

Conclui-se que as medidas são positivas, oferecendo ao intérprete e aplicador da nova lei parâmetros mais claros para exercer o seu papel de compatibilizar os valores constitucionais em conflito nesse tipo de relação contratual.

Palavras-chave: Direito administrativo. Contrato administrativo. Alteração unilateral.

Abstract: The text aims to examine the impact that Federal Law No. 14,133/2021 (new General Law on Bidding and Administrative Contracts in Brazil) produces on the legal regime concerning the prerogative of the Public Administration to unilaterally change administrative contracts. It lists the main changes introduced by the new legal text with regard to this prerogative, among which the following stand out: the determination that the legal limits are applicable to both quantitative and qualitative changes, the express prohibition that the change transfigures the object of the bidding and the introduction of rules to prevent the practice of the "spreadsheet game". Among the latter rules are the one that prohibits the reduction of the percentage difference between the overall value of the contract and the price of the reference budget, in the case of additions that alter the budget spreadsheet, and the one that imposes that the unit prices of the items to be added be subject to a reduction corresponding to the percentage difference between the price of the winning proposal and that contained in the estimated budget of the Administration, in bids whose criterion adopted for the election of the winner is the lowest overall value offered. The modifications introduced by the new law aim to reconcile respect for the principle of bidding with the need to admit that changes are made to the originally established pacts, in cases where this type of conduct is the most appropriate for the satisfaction of the public interest. It is concluded that the measures are positive, offering the interpreter and applicator of the new law clearer parameters to exercise their role of reconciling the conflicting constitutional values in this type of contractual relationship.

Keywords: Administrative Law. Public contract. Unilateral amendment.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O NOVO TRATAMENTO LEGAL QUANTO AOS LIMITES PARA AS ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS E QUALITATIVAS; 3. A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSGIFICAÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO; 4. A PREVENÇÃO EM RELAÇÃO À PRÁTICA DO "JOGO DE PLANILHAS"; 5. CONCLUSÕES.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo tem sua fisionomia demarcada pela constante interação jurídica entre as prerrogativas da Administração e os direitos dos administrados. É com base em tal binômio que referido ramo do direito público se edifica, para regular o comportamento da Administração Pública e disciplinar o exercício da função administrativa, que deve ter sempre em

vista a realização do interesse público.⁴ Nessa perspectiva, um dos seus tópicos mais importantes é aquele que trata dos acordos de vontade celebrados entre os particulares e a Administração Pública, formados pela composição de interesses ao mesmo tempo contrapostos e harmonizáveis, que são classificados como “contratos” pela teoria geral do direito.⁵

Tradicionalmente, quanto às relações contratuais estabelecidas entre Administração Pública e particulares, a maior parte da doutrina administrativista considera que a expressão “contratos da Administração Pública” representa o gênero que comporta todo e qualquer contrato em que o Estado esteja presente como parte contratante, e que são duas as suas espécies: *contratos privados da Administração* e *contratos administrativos*.⁶ Atribui-se à primeira espécie aqueles ajustes regidos predominantemente pelo direito privado, nos quais está presente situação de relativa igualdade entre a Administração Pública e o particular (devendo ser observadas, todavia, algumas normas de direito público).⁷ Já os da segunda espécie são os regulados por normas especiais de direito público, diversas daquelas que disciplinam os contratos privados em geral, e apenas em caráter supletivo é que lhes são aplicadas as normas de direito privado (conforme previa o artigo 54, *caput*, da antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 8.666/93, cujo teor foi reiterado pelo artigo 89, *caput*, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 14.133/21).⁸

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 41.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 39. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 3, *E-book*, p. 15.

⁶ Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, *E-book*, p. 288-289; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023, *E-book*, p. 150; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 438-440; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, *E-book*, p. 179; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, *E-book*, p. 355. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, *E-book*, p. 400. Celso Antônio Bandeira de Mello discorda da doutrina majoritária quanto à caracterização das avenças celebradas pela Administração com particulares como pertencendo ao gênero “contratos” (no sentido de negócio jurídico formado pelo acordo de partes que se obrigam reciprocamente a prestações), argumentando que a maior parte de suas cláusulas não podem ser negociadas entre as partes, descendendo diretamente da lei (apenas a parte “econômica” da avença é que pode ser livremente pactuada). Mas reconhece que sua posição é isolada, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, destacando, ainda, que a própria Constituição Federal, em seu artigo 175, parágrafo único, ao tratar da concessão e da permissão de serviços públicos, faz referência expressa a “contratos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 577).

⁷ Costuma-se citar, como exemplos de contratos privados da Administração, a compra e venda de um imóvel, a doação, o comodato de bem público, a locação de imóvel para a instalação de repartição pública etc. (DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, *E-book*, p. 288; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 573). É importante ressaltar, contudo, que a Administração Pública, em suas relações jurídicas contratuais, jamais se equipará ao particular, isto é, os “contratos privados da Administração” jamais estarão submetidos integralmente ao direito privado, na medida em que a Administração não está regida pela autonomia da vontade, e sim submetida a um regime jurídico próprio, compreendendo prerrogativas e restrições destinadas a uma adequada tutela do interesse da coletividade. Sobre o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Prerrogativas contratuais da Administração Pública: exegese do art. 104 da Lei nº 14.133/2021**. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBInf**, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 11-37, 2023.

⁸ Observe-se que, por força do disposto nos artigos 190 a 193 da Lei nº 14.133/21, a Lei nº 8.666/93 só restará revogada em 30 de dezembro de 2023, e mesmo após tal data continuará a ter aplicação em relação aos contratos

As normas especiais de direito público que regulam os *contratos administrativos* (segunda espécie) estabelecem certas prerrogativas para a Administração Pública, que se fazem presentes independentemente de estarem ou não expressamente previstas no instrumento contratual, uma vez que decorrem da legislação.⁹ São as chamadas *cláusulas exorbitantes*, cuja presença em contratos privados – sejam os celebrados entre particulares, sejam os “contratos privados da Administração” – é absolutamente incomum, ou mesmo ilícita. Elas conferem à Administração uma posição de supremacia em relação ao contratado, que se justifica pelo fato de que tais contratos buscam atingir um fim útil à coletividade, havendo que prevalecer o interesse desta, em caso de conflito.

Os contratos administrativos se caracterizam, então, pela posição de supremacia de uma das partes da relação, a Administração Pública, em face da outra, o particular contratado. Essa supremacia se expressa em prerrogativas excepcionais (classicamente chamadas de “cláusulas exorbitantes”)¹⁰ asseguradas ao Estado, que as utilizam para a persecução do interesse público. São exemplos as cláusulas que possibilitam à Administração Pública modificar unilateralmente as condições contratuais, extinguir antecipadamente o vínculo, fiscalizar a execução do contrato, ou as que conferem o poder de impor e executar sanções ao contratado.

Pois bem. O presente estudo diz respeito a uma dessas prerrogativas: a que está disposta nos artigos 58, inciso I, e 65, inciso I, da Lei 8.666/93, cujas redações foram quase que integralmente reproduzidas nos artigos 104, inciso I, e 124, inciso I, da Lei nº 14.133/21. Trata-se da prerrogativa que a Administração Pública tem de *alterar unilateralmente o contrato*, ou para uma melhor adequação técnica aos seus objetivos (*alteração qualitativa*), ou para acrescentar ou diminuir a dimensão ou quantidade de seu objeto, sem que seja desfigurada a sua natureza (*alteração quantitativa*).

Mais particularmente, o estudo objetiva realizar a exegese da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – a Lei nº 14.133/21 – no que diz respeito às hipóteses de cabimento e ao regime jurídico da referida prerrogativa da Administração Pública. A finalidade é verificar se houve mudanças no tratamento legal dado ao regime de alteração unilateral dos contratos administrativos, e qual o provável impacto de tais mudanças nos entendimentos doutrinário e

cujos instrumentos tenham sido assinados antes da entrada em vigor da nova Lei de Licitações (ou seja, antes de 01/04/2021), ou em relação aos contratos em que, por opção da Administração Pública, a ser indicada expressamente no edital, tenham sido celebrados, até 30 de dezembro de 2023, sob a tutela da Lei nº 8666/93 (é dizer, a Administração Pública poderá optar, até 30/12/2023, por celebrar contratos regulados pela lei anterior).

⁹ Se não estiverem explícitas na lei, reputam-se implícitas na ordenação normativa como um todo, como decorrência dos princípios estruturantes de certas atividades públicas (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 573).

¹⁰ Alguns autores preferem a utilização de outras expressões para designar referidas prerrogativas excepcionais. Marçal Justen Filho, por exemplo, prefere denominá-las como “competências anômalas” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos: Lei 8.666/93**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1.174 e 1.226). Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, prefere utilizar as expressões “cláusulas regulamentares” e “leis de serviço”, de modo a “acentuar o seu assento legal ou mesmo contratual”, em detrimento da “ultrapassada teoria que lhe atribuía substantividade principiológica” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 571-592).

jurisprudencial sobre o tema, frente à compreensão que se tinha sob a égide da lei anterior (a Lei nº 8.666/93).

Pretende-se, em suma, fazer um comparativo entre o tratamento legal da matéria dado pela Lei nº 8.666/93 e o tratamento dado pela Lei nº 14.133/21, no que diz respeito à prerrogativa da Administração Pública de alterar unilateralmente o conteúdo das avenças estabelecidas com particulares, com foco naquilo que há de novo em relação à disciplina antes vigente. Para isso, optou-se, em vez de uma análise artigo por artigo, pela divisão do estudo em três tópicos, cada um deles correspondendo a um dos três principais assuntos cujo tratamento legal sofreu modificações, por entendermos que tal forma de exposição facilita a compreensão do leitor. Espera-se que este estudo contribua, de alguma maneira, para a compreensão do novo contexto normativo em que se insere a atuação da Administração Pública no exercício de tal prerrogativa.

2. O NOVO TRATAMENTO LEGAL QUANTO AOS LIMITES PARA AS ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS E QUALITATIVAS

Analisando-se o disposto no artigo 124, inciso I, da Lei nº 14.133/21 (cuja redação é quase idêntica à do artigo 65, inciso I, da Lei nº 8.666/93), verifica-se que a lei reconhece a possibilidade de sejam realizadas alterações contratuais *unilaterais* – feitas pela Administração Pública *independentemente de anuência do particular* – em duas situações: (i) “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos”; e (ii) “quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto”, nos limites permitidos pela própria Lei nº 14.133/21.

No primeiro caso, estamos diante da já mencionada *alteração qualitativa*, que tem lugar quando da descoberta de circunstâncias, desconhecidas no momento da contratação, que revelem a necessidade de alteração do objeto do contrato e/ou de suas especificações, ou quando da constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais apropriada (ou deixou de ser a mais apropriada posteriormente à celebração do contrato).¹¹ Especialmente em contratos de longa duração, é comum que surjam inovações tecnológicas que atendem melhor ao escopo do objeto do contrato, sendo recomendável a possibilidade de mutação de algumas das disposições deste, no intuito de melhor atender ao interesse público.¹²

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, *E-book*, p. 304; JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1.411-1.412.

¹² HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133/21**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 850.

O segundo caso se refere à também já citada *alteração quantitativa*: admite-se que a Administração Pública introduza alterações (acréscimos ou supressões) que acarretem modificação no valor inicial do contrato, em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto contratado. Se temos, por exemplo, um contrato celebrado para a aquisição de 500 (quinhentos) computadores, é possível que a Administração, unilateralmente, aumente ou diminua a quantidade de computadores a serem adquiridos, após a celebração do contrato. No entanto, essas alterações devem observar os limites fixados em lei, sob pena de desnaturação do objeto, bem como de violação ao princípio da licitação.¹³

Pois então. No que diz respeito aos limites legais para as alterações contratuais, a disciplina jurídica não é idêntica nas Leis nº 8.666/93 e nº 14.133/21, porque o artigo 125 da nova lei difere do que dispunha a Lei nº 8.666/93. Vejamos, primeiramente, o que a Lei nº 8.666/93 estabelecia, e qual era a interpretação doutrinária sobre o tema.

O parágrafo 1.º do artigo 65 da antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos determinava que o contratado ficaria obrigado a aceitar, “nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato” (50% em caso de reforma de edifício ou equipamento).¹⁴ Em seguida, o parágrafo 2.º, do mesmo artigo 65, estabelecia que “nenhum acréscimo ou supressão” poderia superar o referido limite, salvo as supressões decorrentes de acordo celebrado entre as partes (ou seja, somente as alterações *bilaterais* poderiam exceder os limites referidos).¹⁵

Diante do disposto na Lei nº 8.666/93, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, e outros administrativistas, vinham entendendo que somente as alterações *quantitativas* estariam sujeitas aos limites de 25% ou 50%, referidos no mencionado artigo 65, § 1º. Isso porque o inciso I, “b”, do *caput* do mesmo artigo, que tratava especificamente dessa hipótese de alteração, fazia expressa referência a limites para a alteração do valor contratual (“nos limites permitidos por esta Lei”), não havendo a mesma referência no inciso I, “a”, que trata das alterações *qualitativas*. Além disso, o artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao estabelecer os mencionados limites, utilizava as expressões “acréscimos ou supressões”, expressões equivalentes às que constam do artigo 65, I, “b”, da mesma Lei, e que denotam a quantidade do contrato.¹⁶

¹³ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 342.

¹⁴ Lei nº 8.666/93, artigo 65, §1º: “O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos”.

¹⁵ Lei nº 8.666/93, artigo 65, §2º: “Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: I - (VETADO); II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.”

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, *E-book*, p. 304. No mesmo sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. São

Outra parte da doutrina, contudo, sustentava o contrário, que os limites deveriam ser observados em toda e qualquer alteração unilateral, quantitativa ou qualitativa, ao fundamento de que não havia, no dispositivo normativo que impunha referidos limites percentuais (artigo 65, §2º, da Lei nº 8.666/93), distinção entre as duas espécies de alterações contratuais, e que a inobservância dos limites somente era expressamente admitida pela Lei para os casos de supressões por acordo das partes (art. 65, § 2.º, II, da Lei). Além disso, ponderava-se que a permissão para que a Administração viesse a alterar unilateralmente o contrato sem limitação colocaria o contratado numa situação de enorme insegurança jurídica, pois lhe acarretaria o risco de ter que se submeter à vontade daquela, mesmo sem ter recursos materiais e humanos suficientes para implementar o objeto alterado. Esse risco assumido pelo particular, aliás, certamente seria repassado para a proposta de preço por ele apresentada na licitação, e encareceria as contratações administrativas como um todo.¹⁷

Essa segunda orientação sempre nos pareceu ser a melhor, pois caso contrário o contratado ficaria à mercê de uma margem de discricionariedade muito larga conferida ao administrador, que poderia reduzir ou aumentar unilateralmente os custos de uma determinada contratação – em virtude da disponibilidade de uma nova tecnologia, por exemplo –, sem qualquer limite *a priori* estabelecido pela lei.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21), atentando-se ao problema, abraçou esse último entendimento, tornando expresso, em seu artigo 125, que esses limites se aplicam em todas as hipóteses referidas no inciso I do *caput* do artigo 124, abrangendo, portanto, tanto as alterações quantitativas quanto as qualitativas. Trata-se de um novo tratamento legal, que deixa claro que o referido limite se aplica em *todas* as hipóteses de alteração *unilateral* do contrato administrativo.

É de observar, em adendo, que a alteração contratual deve decorrer de um fato superveniente, pois, entendendo diversamente, tal situação poderia caracterizar uma violação à competitividade no processo licitatório, diante da alteração do objeto por um fato previamente já conhecido pela Administração Pública. A alteração unilateral não é um ato discricionário do Poder Público. É necessário comprovar que o fato superveniente irá corresponder à medida de alteração e, principalmente, a demonstração do nexo de causalidade entre o fato superveniente e a medida de alteração. Assim como se faz necessário, também, a demonstração de que o contratado possui capacidade técnica e econômico-financeira para continuar executando o contrato mesmo após o aditamento.¹⁸

Paulo: Malheiros, 2021, p. 582; D'ÁVILA, Vera Lucia Machado. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 315.

¹⁷ Adotavam esse posicionamento, entre outros: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 201; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, *E-book*, p. 422; GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 379.

¹⁸ HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133/21**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 865.

Ou seja, a cláusula exorbitante que confere à Administração Pública a prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato não se presta a corrigir falhas de projeto ou outros problemas da relação contratual que já eram conhecidos no momento em que esta se estabeleceu.¹⁹ Essa ideia é reforçada pelo disposto no parágrafo 1º do artigo 124 da Lei nº 14.133/21, que impõe a responsabilização da pessoa que tenha elaborado o projeto de modo equivocado, se tal circunstância levar a uma alteração contratual posterior para além dos limites admitidos em lei.²⁰

Uma última observação: apenas as alterações *unilaterais*, qualitativas ou quantitativas, é que estão delimitadas pelos parâmetros percentuais do valor inicial do contrato fixados pela Lei nº 14.133/2021. É dizer: nesses casos o contratado não é obrigado a aceitar aumento superior. Isso não se aplica, contudo, às alterações *bilaterais*, ou seja, aquelas que são levadas a efeito com a concordância do particular contratado. Se a melhor solução para o interesse público for a manutenção do contrato original, mas com alterações que importem superação do limite de 25% (ou 50% em caso de reforma), a Administração Pública tem o dever-poder de buscar junto ao contratado a aceitação quanto ao aditivo contratual, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. Se ele aceitar, e todos as demais condicionantes legais e constitucionais estiverem presentes, a alteração deverá ser levada a efeito.²¹

3. A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFIGURAÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO

A grande preocupação da ordem jurídica, em matéria de alteração unilateral dos contratos administrativos, é evitar a burla ao princípio da licitação. É que, ao abrir a todos os interessados a possibilidade de formularem propostas para a celebração de um contrato, desde que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a Administração Pública tem por objetivo não somente obter o resultado de contratação mais vantajoso para si, mas também assegurar tratamento isonômico e justa competição entre os licitantes, impedindo “contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos”

¹⁹ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**: casos e polêmicas. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 379-380.

²⁰ “Contudo, ainda neste caso, as falhas devem ser decorrentes de *dolo ou de erro grosseiro*, dada a incidência do art. 28 da *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* e ainda que o mencionado §1º do art. 124 nada diga acerca desta circunstância” (HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei nº 14.133/21. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 857).

²¹ O Tribunal de Contas da União (TCU) adota entendimento bastante restritivo quanto às alterações bilaterais superiores aos limites legais, admitindo-a em situações excepcionálíssimas, e desde que satisfeitos cumulativamente vários pressupostos, tais como: a não oneração dos cofres públicos em montante superior àquela decorrente da rescisão do contrato; a necessidade de que a alteração decorra de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação original; a manutenção da possibilidade de execução contratual por parte da contratado, conforme sua capacidade técnica e econômico-financeira; entre outras condicionantes. Veja-se, nesse sentido, entre outros, os seguintes Acórdãos do TCU: Acórdão nº 1.826/2016 (Plenário), Acórdão nº 170/2018 (Plenário), Acórdão nº 50/2019 (Plenário), Acórdão nº 215/1999 (Plenário).

(conforme lista o artigo 11 da Lei nº 14.133/21, entre os objetivos do processo licitatório). Se lhe é permitido que altere o contrato posteriormente, sem parâmetros legais a serem observados, esses objetivos são colocados em risco, abrindo-se margem a arranjos e favorecimentos que privilegiem um ou alguns concorrentes em detrimento de outro(s).

Imaginemos, por exemplo, uma licitação cuja finalidade é a compra de 10 (dez) veículos automotores, que tenha sido vencida por um licitante que ofereceu os veículos por R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) cada; depois de celebrado o contrato, a Administração o altera para adquirir 100 (cem) veículos, em vez de 10 (dez). Ora, se a aquisição de 100 veículos tivesse constado do edital de licitação, o resultado do certame possivelmente seria diferente, poderia haver outro licitante que oferecesse condições mais vantajosas à Administração; além disso, é bem provável que o preço de R\$ 70.000,00 teria sido menor, em razão da economia de escala que se obtém nesse tipo de situação.²² Como se vê, os limites legais do já analisado artigo 125 cumprem um importante papel no sentido de evitar que o gestor público conceda indevidamente privilégios e causem prejuízos ao erário.

É por essa razão que o Tribunal e Contas da União (TCU), ainda sob a égide da Lei nº 8.666/93, consolidou o entendimento de que o cálculo para a verificação do respeito ao limite legal de 25% (ou 50% para reforma de edifício) deve levar em consideração cada um dos conjuntos de reduções e de acréscimos isoladamente (tendo como base o valor original do contrato atualizado monetariamente), e não a partir da compensação entre os dois conjuntos de acréscimos e supressões. Não é juridicamente aceitável, por exemplo, num contrato celebrado no valor de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), que a Administração determine dois aditivos, consistentes numa redução de serviços que totalizem R\$ 30.000.000,00 juntamente com um acréscimo de outros itens no valor total de R\$ 50.000.000,00 (resultando num total de R\$ 120.000.000,00, ou seja, 20% a mais do valor original, se calcularmos esse acréscimo compensando a supressão de alguns itens com o acréscimo de outros): a supressão referida, *isoladamente considerada*, já supera o limite de 25% previsto em lei, assim como o acréscimo, *isoladamente considerado*, também o supera.²³

Permitir esse tipo de conduta, na nossa visão, seria admitir uma verdadeira transfiguração do objeto contratual licitado, razão pela qual entendemos que a interpretação o Tribunal de Contas da União está correta, em especial considerando a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21), que dispõe expressamente sobre a necessidade de que as alterações contratuais *não transfigurem o objeto da contratação* (artigo 126), o que não estava expresso na lei anterior. Essa é mais uma novidade da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos que colabora no sentido de consolidar o entendimento da Corte de Contas.

²² “Em termos muito sintéticos, a economia de escala implementa a seguinte lógica: de regra, se maior a quantidade de itens que se pretende comprar, menor será o custo de cada unidade” (HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei nº 14.133/21. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 860).

²³ Veja-se, nesse sentido, entre outros, os seguintes Acórdãos do TCU: Acórdão nº 2.206/2006 (Plenário), Acórdão nº 872/2008 (Plenário), Acórdão nº 1.080/2008 (Plenário), Acórdão nº 1.981/2009 (Plenário), Acórdão 2.372/2013 (Plenário), 1.498/2015 (Plenário).

A verdade é que, com muita frequência, as alterações não visam o melhor atendimento ao interesse público, mas são decorrência de falhas na elaboração dos projetos, na etapa de planejamento da licitação, “isso para não falar das situações em que as modificações visam atender interesses pessoais dos contratados, em comum acordo com agentes públicos em situação de má-fé”.²⁴ Ao adotar limites mais rígidos para a alteração contratual, a Lei nº 14.133/21 impõe à Administração um melhor planejamento da licitação, tendo e vista uma competição mais justa e efetiva dos licitantes, frente a um objeto o mais próximo possível daquilo que realmente será executado.

4. A PREVENÇÃO EM RELAÇÃO À PRÁTICA DO “JOGO DE PLANILHAS”

Outro entendimento que já havia sido consagrado pelo TCU antes da edição da Lei nº 14.133/21, e que foi acolhido expressamente pelo artigo 127 desta última, diz respeito à definição dos preços unitários de serviços novos adicionados ao contrato, por meio de aditamentos contratuais posteriores. É que nas licitações em que o critério adotado pela Administração para a eleição do vencedor é o menor valor global ofertado para a consecução da obra ou do serviço, pode acontecer que o vencedor componha esse valor global com itens cujos preços unitários sejam superiores aos dos concorrentes, que se somam a outros cujo preço é inferior, resultando em um total inferior (e vencedor do certame). Se, já com o contrato em vigência, forem feitas alterações que aumentem quantitativamente os itens ofertados inicialmente com sobrepreço e/ou diminuam quantitativamente os itens ofertados com valor inferiores ao mercado, o contratante privado obterá vantagem indevida, consistente numa remuneração superior àquela constante da proposta por ele apresentada.²⁵

Para evitar esse tipo de conduta, prejudicial aos cofres públicos, o artigo 127 da Lei nº 14.133/21, em consonância com a jurisprudência do TCU, inovou frente ao que dispunha a Lei nº 8.666/93, estabelecendo expressamente o seguinte: se inexistirem preços unitários previstos no contrato, e o aditamento se fizer necessário, deverão ser adotados os preços referencias ou de mercado, mas estes terão de ser submetidos a uma redução correspondente “à diferença percentual entre o preço

²⁴ ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Lei de licitações e contratos comentada**: análise da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, artigo por artigo, segundo uma visão crítica e prospectiva da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 537.

²⁵ Em alguns casos, poderemos estar diante daquilo que a doutrina chama de “jogo de planilhas”: a partir de falha no projeto da obra ou serviço de engenharia, que faz estimativa equivocada sobre os quantitativos que serão utilizados, subestimando a necessidade de certos itens e superestimando a necessidade de outros, o contratado, percebendo o erro, e vislumbrando que o contrato terá de ser alterado no futuro, faz sua oferta atribuindo preços elevados para os itens que terão de ser acrescentados posteriormente, bem como atribuindo preços irrelevantes para os itens excessivos. Iniciada a execução, e confirmado o equívoco do projeto em que se fundamentou a licitação, os quantitativos dos itens que têm preços elevados são aumentados, e os dos que têm preços baixos são diminuídos, de modo a alterar radicalmente a proposta, em benefício do contratado (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 769).

contemplado na proposta e aquele constante do orçamento estimativo da Administração”.²⁶ Exemplificando: numa determinada contratação, o orçamento-base da Administração era de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), e o vencedor celebrou o contrato por R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais); posteriormente, a Administração deseja acrescentar novos itens, então terá de avaliar o valor de cada item no mercado, e aplicar sobre esse valor o percentual de 90% (se cada item custa, por exemplo, R\$ 10,00, seu custo unitário no aditamento terá de ser de R\$ 9,00).²⁷

Ao final, será necessário que o valor resultante da multiplicação da quantidade dos novos itens pelo preço unitário de cada um deles – calculados da maneira acima exposta – seja comparado com o valor original atualizado do contrato: se resultar em montante superior a 25% deste último, a alteração será ilícita. No exemplo anterior: imaginando que sejam acrescentados 20.000 itens, no valor de R\$ 9,00 cada, então teremos um acréscimo de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais); daí teremos que verificar qual o valor atualizado do contrato (R\$ 990.000,00, por exemplo, se o índice de atualização for de 10%), e observar se os R\$ 180.000,00 superam 25% de tal valor (na situação hipotética referida não superam – 180.000,00 é cerca de 18% de 990.000 –, então a alteração respeita o limite legal). O artigo 127 da Lei nº 14.133/21 é expresso no sentido de que devem ser respeitados os limites estabelecidos no artigo 125 da mesma Lei.

E há também outra importante novidade legislativa: o disposto no artigo 128 da nova lei, que impede a diminuição da diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência, em decorrência de aditamentos que alterem a planilha orçamentária. Ou seja, além de os conjuntos de acréscimos e de supressões, isoladamente considerados, terem que respeitar os limites do artigo 125, o Poder Público terá ainda que calcular o novo preço global de referência do contrato, já considerando os acréscimos e supressões, e verificar se a relação inicialmente existente entre valor global do contrato e preço global de referência se mantém.

Partindo-se de mesmo exemplo acima, teríamos o seguinte: o orçamento de referência, que era de R\$ 1.000.000,00, terá de ser atualizado, conforme a metodologia estabelecida no artigo 23, §1º, da Lei nº 14.133/21; se verificarmos que o total de acréscimos resultou em R\$ 180.000,00, e que o total de supressões resultou em 90.000,00, concluiremos que os limites do artigo 125, isoladamente considerados, estão cumpridos (20% para os acréscimos e 10% para as supressões); no entanto, ainda precisaremos comparar o novo valor global do contrato (R\$ 990.000,00) com o orçamento de referência atualizado (se este for, por exemplo, em função de um índice de atualização de 5%, de R\$ 1.050.000,00, o aditivo é irregular, pois a nova diferença é menor que a diferença original, que era de 10%).

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1.464.

²⁷ O exemplo foi retirado da seguinte obra: ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Lei de licitações e contratos comentada: análise da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, artigo por artigo, segundo uma visão crítica e prospectiva da jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 541.

O artigo 128, da Lei nº 14.133/21, é mais um dispositivo que evita a prática do “jogo de planilhas”, assegurando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e garantindo a competitividade e a isonomia nas licitações e contratações públicas. Ao se estabelecer uma relação entre o valor global da proposta elaborada pelo licitante e o orçamento-base estimado pela Administração (feito a partir dos custos unitários dos serviços a serem prestados), e se determinar que tal relação não pode ser modificada em virtude de alterações contratuais, neutraliza-se o “jogo de planilhas” eventualmente existente.²⁸

É importante reforçar, por fim, que as alterações contratuais unilaterais não podem ofender a equação econômico-financeira estabelecida quando da celebração do contrato. Por um lado, o particular não pode se contrapor ao conteúdo das alterações, no que diz respeito ao projeto e às quantidades (desde que respeitados os limites legais). Por outro lado, poderá contestar as condições de remuneração relativas a tais alterações, exigindo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro estipulado na elaboração de sua proposta (aceita pela Administração). A Lei nº 14.133/21, por meio dos artigos 129 e 130, repetindo o que já constava da Lei nº 8.666/93 (artigo 65, parágrafos 4º e 6º), garantiu esse direito ao contratado, o qual, aliás, está consagrado constitucionalmente (artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal).

A Lei nº 14.133/21, como se vê, dispôs uma série de regras que refletem muito daquilo que já estava consagrado pela doutrina e pela jurisprudência do TCU. Positiva-se e especifica-se, desse modo, a salvaguarda à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como se estabelecem limites para as alterações que poderiam beneficiar ou prejudicar alguém. Com isso, garante-se a equivalência entre direitos e encargos assumidos pelo particular quando da celebração do contrato, e, “de quebra, pretende-se, com isto, alcançar a devida *segurança jurídica* neste aspecto”.²⁹

5. CONCLUSÕES

Ao disciplinar a alteração unilateral dos contratos administrativos, o legislador, por meio de uma ponderação entre princípios e valores contrapostos, e tendo em vista a máxima da proporcionalidade, adotou medidas para a satisfação de todos eles na maior medida possível, afetando-

²⁸ Se não for possível evitar a ocorrência de uma redução do desconto global, por conta de modificações no contrato, é imperioso que isso seja compensado em favor da Administração Pública, pela inclusão de uma parcela compensatória em favor desta, para que haja o restabelecimento do percentual original, sob pena de violação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei nº 14.133/21. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 869).

²⁹ HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei nº 14.133/21. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 844.

os na medida do grau de importância de satisfação do valor ou princípio contraposto.³⁰ Se há, por um lado, a necessidade de definir, no processo licitatório aberto à participação de todos os interessados, os direitos e obrigações das partes licitantes e futuras contratantes, é também necessário, por outro lado, admitir que se façam alterações nos pactos originalmente estabelecidos, nos casos em que esse tipo de conduta for adequada e necessária para a satisfação do interesse público.³¹

As principais modificações da nova disciplina legal concernente à prerrogativa da Administração Pública de alterar unilateralmente o contrato administrativo estão descritas nos artigos 125, 126, 127 e 128 da Lei nº 14.133/21. São elas, em síntese: (i) a confirmação de que os limites para as alterações, de até 25% do valor inicial atualizado do contrato (ou 50% em caso de reforma de edifício ou equipamento), se aplicam tanto as alterações quantitativas quanto as qualitativas; (ii) a imposição expressa de que as alterações contratuais não transfigurem o objeto da contratação, de modo a reforçar o entendimento tradicional do TCU no sentido de que o cálculo para a verificação do respeito ao limite legal de 25% (ou 50% para reforma de edifício) deve levar em consideração cada um dos conjuntos de reduções e de acréscimos isoladamente, e não a partir da compensação entre os dois conjuntos de acréscimos e supressões; (iii) a determinação de que, nas licitações em que o critério adotado pela Administração para a eleição do vencedor é o menor valor global ofertado preços unitários previstos no contrato (sem que haja preços unitários previstos no contrato), os preços unitários dos itens a serem acrescentados sejam submetidos a uma redução correspondente à diferença percentual entre o preço da proposta vencedora e aquele constante do orçamento estimativo da Administração; e (iv) a proibição de diminuição da diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço do orçamento de referência, em decorrência de aditamentos que alterem a planilha orçamentária.

É relevante frisar, por fim, que a prerrogativa da Administração de alterar unilateralmente certas cláusulas contratuais não implica a faculdade de modificação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Sempre que tal equilíbrio for rompido, em virtude de fato não imputável ao contratado e não abrangido nos riscos que ele assumiu, a Administração estará obrigada a restaurá-lo. Conforme muito bem aponta Marçal Justen Filho, “a tutela aos interesses coletivos não significa a autorização jurídica para o sacrifício automático, generalizado e sistemático dos interesses individuais”.³²

³⁰ Trata-se da chamada, por Robert Alexy, de “lei do sopesamento”, segundo a qual “a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”. Ou seja, os pesos dos princípios são sempre relativos; aquilo que os princípios exigem deve ser sempre analisado em relação àquilo que os princípios colidentes exigem. Quanto mais não se satisfaz ou se atinge um princípio, tanto maior deverá ser a importância da satisfação do outro. Temos, de um lado, o grau de não satisfação ou da afetação de um princípio, e de outro o grau de importância da satisfação do princípio colidente. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 168 e 171).

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1.449.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1.243.

Além disso, por se tratar de medida que gera impacto na posição contratual do particular, a alteração unilateral do contrato somente será legítima quando for a atitude mais adequada à proteção do interesse público, e desde que realizada de modo fundamentado, após a abertura de oportunidade para a manifestação do contratado, que tem direito não somente à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente ajustado como também a que seja mantida a sua natureza, conforme explicitado ao longo do presente estudo.³³

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Lei de licitações e contratos comentada: análise da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, artigo por artigo, segundo uma visão crítica e prospectiva da jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, *E-book*.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023, *E-book*.

D'ÁVILA, Vera Lucia Machado. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, *E-book*.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 39. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 3, *E-book*.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos: Lei 8.666/93**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133/21**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

³³ Não se pode, por exemplo, alterar o objeto de um contrato de venda de modo a transformá-lo em contrato de permuta, ou um alterar um contrato de vigilância para um de limpeza (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, *E-book*, p. 304).

MARTINS, Ricardo Marcondes. Prerrogativas contratuais da Administração Pública: exegese do art. 104 da Lei nº 14.133/2021. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBInf*, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 11-37, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, *E-book*.

_____. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 571-592.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, *E-book*.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO¹*LEGAL SECURITY IN TAX MATTER: A MATTER OF PRINCIPLE*Fernanda de Holanda Paiva Nunes²Gabrielle Jacobi Kölling³Joedson de Souza Delgado⁴

Resumo: A segurança jurídica é necessária nas relações sociais para estabilizar as situações jurídicas estabelecidas no âmbito tributário, bem como a importância das ações administrativas no ordenamento jurídico interno. Ao apontar as contribuições e limitações da relação entre o Fisco e o contribuinte como uma relação entre o Estado e o particular deve-se reconhecer a importância da segurança jurídica, para evitar surpresas e criar um desequilíbrio. O objetivo da pesquisa é analisar a segurança jurídica em matéria tributária, destacando importantes ferramentas, também incluídas nos princípios, que impedem as ações arbitrárias do Estado em relação ao contribuinte. Consolida-se na aplicação da técnica de pesquisa consistente na revisão sistemática da literatura e utilização do método descritivo realizado a partir de revisão bibliográfica de artigos e livros. Os resultados mostram que a segurança jurídica é obtida de diferentes formas e com instrumentos diversos, mas que, na seara tributária ganha relevo ao se exteriorizar através da vedação ao Estado de instituir ou majorar tributos sem prévia legislação e com tempo suficiente para que o contribuinte se organize. Se assim não fosse, restaria prejudicado o equilíbrio nas relações tributárias.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Vedação à decisão surpresa. Princípios tributários.

¹ Recebido em 29/04/2024 e aprovado em 09/08/2024.

² Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Advogada. E-mail: fernandanunes3@hotmail.com
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7908053888312941>
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7218-349X>

³ Doutora e Mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutora e Mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Docente da graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS) e do programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF).
E-mail: koll.gabrielle@gmail.com

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4913726405596681>
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2225-555X>

⁴ Doutorando em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Servidor público federal.
Endereço: SHCES Quadra 1205. Bloco A, Apartamento 303, Cruzeiro, Brasília/DF
E-mail: joedson.delgado@hotmail.com
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3574246621121538>
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0968-2058>

Abstract: Legal security is necessary in social relations to stabilize legal situations established in the tax sphere, as well as the importance of administrative actions in the domestic legal system. When pointing out the contributions and limitations of the relationship between the Tax Authorities and the taxpayer as a relationship between the State and the individual, the importance of legal certainty must be recognized, to avoid surprises and create an imbalance. The objective of the research is to analyze legal certainty in tax matters, highlighting important tools, also included in the principles, that prevent arbitrary actions by the State in relation to the taxpayer. It is consolidated in the application of the research technique consisting of the systematic review of literature and the use of the descriptive method carried out from a bibliographic review of articles and books. The results show that legal security is obtained in different ways and with different instruments, but that, in the tax area, it gains importance when it is externalized through the prohibition of the State from imposing or increasing taxes without prior legislation and with sufficient time for the taxpayer to comply. organize. If this were not the case, the balance in tax relations would be undermined.

Keywords: Legal security. Prohibition against surprise decisions. Tax principles.

I INTRODUÇÃO

A ideia do Iluminismo, que trouxe o indivíduo para o centro da sociedade, não só inventou o Estado-nação como também redefiniu o vínculo de cidadania estabelecido entre o indivíduo e o Estado. A cidadania, reconhecida como direito, é concedida aos indivíduos na sua relação com o Estado. Começou a se espalhar por todas as áreas onde existem. Talvez a mais importante destas áreas seja a relação fiscal que o Estado estabelece com o indivíduo.

Na relação tributária, determinadas autoridades, deveres e responsabilidades são atribuídos ao contribuinte e ao Estado, que são partes no imposto. Quando olhamos para a disposição destes poderes e responsabilidades, verificamos que o lado estatal tem relativamente mais poderes e direitos, uma vez que é a parte que pode impor sanções. Parece que o lado do contribuinte está regulamentado em termos de mais responsabilidade.

Embora existam regulamentações relativas aos direitos dos contribuintes tanto na Constituição, como nas leis fiscais e outras leis, não seria errado dizer que esta questão foi agrupada sob um único título, comunicada aos contribuintes e que o desenvolvimento dos direitos dos contribuintes foi negligenciado até o passado recente. O ordenamento jurídico brasileiro, em se tratando de questões tributárias, estabeleceu uma série de medidas para resguardar os contribuintes quanto à eventuais surpresas por parte do Fisco.

Os princípios tributários têm por escopo assegurar os direitos do contribuinte perante o fisco, que é o direito de se proteger dos excessos cometidos pelos entes tributantes. Logo, os

princípios constitucionais tributários apresentam-se como verdadeiros limitadores ao poder de tributar do Estado. Desta feita, com base nos princípios tributários é possível ter transparência e defesa tanto para os contribuintes quanto para os entes federados, oferecendo caminhos a serem seguidos na aplicação das leis e resoluções dos conflitos que vierem a surgir.

Nesse cenário, o princípio da segurança jurídica e demais instrumentos que dele decorrem, ainda que consubstanciados em outros princípios, como o da noventena, por exemplo, que tem por objetivo resguardar os interesses dos contribuintes e evitar surpresas.

De fato, é de suma importância conhecer os mecanismos de proteção aos contribuintes no âmbito do Direito Tributário, pois só assim será possível ter um embasamento teórico correto para poder fazer qualquer tipo de questionamento perante a autoridade fazendária.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo destacar a importância do princípio da segurança jurídica em matéria tributária. Os esforços para reestruturar as administrações fiscais e tornar o processo tributário eficaz, justo e transparente juntamente com questões como determinar, explicar, proteger e auditar os direitos dos contribuintes têm ganhado destaque em muitos países.

Consolida-se na aplicação da técnica de pesquisa consistente na revisão sistemática da literatura e utilização do método descritivo realizado a partir de revisão bibliográfica de artigos e livros. Assim, buscou-se na doutrina, legislação e jurisprudência, elementos que possibilitassem a melhor compreensão sobre o tema.

2 A SEGURANÇA JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E SUA RELEVÂNCIA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

O direito é um dos conceitos básicos da ciência jurídica. Para compreender o lugar do conceito de “direito” na ciência jurídica, será suficiente olhar para a origem da palavra direito. Lei significa essencialmente direitos e hoje em dia, direito significa literalmente justiça que é a lei exige ou atribui a alguém.

A teoria clássica do direito natural discutiu o conceito de direitos no século XIX que é uma autoridade concedida aos indivíduos pelo poder soberano resultante da unificação de suas vontades, caso estes renunciem a sua liberdade.

As pessoas ganharam autoridade ao renunciar aos direitos proporcionados pela sua liberdade natural. A este respeito, o conceito de direitos adquiriu uma estrutura dualista. Por um lado, o direito descreve um interesse protegido por lei, por outro lado, confere ao titular do direito autoridade para beneficiar desta proteção.

A lei descreve uma ordem e o direito descreve o interesse protegido pela ordem. Imediatamente oposto ao conceito de direito está o conceito de obrigação. Se uma das partes tem direito numa relação jurídica, o destinatário tem uma obrigação. A obrigação também pode ser descrita como dívida ou dever.

Além disso, não se deve esquecer que existe uma estreita relação entre o conceito de direito e o conceito de autoridade. Um direito é significativo quando é uma autoridade, ou seja, o poder de aplicá-lo. E nesta seção abordamos a segurança jurídica no ordenamento brasileiro e sua relevância no direito tributário.

2.1 DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica se enquadra dentre os princípios gerais do Direito, sendo entendido como princípio de proteção à confiança no direito brasileiro contemporâneo. A segurança jurídica é compreendida como a obrigação do Estado de prover segurança e estabilidade nas relações jurídicas, tanto as que envolvam os cidadãos e o Estado, quanto as que envolvam os cidadãos entre si, considerando que os fatos e negócios jurídicos se dão dentro do que permite ou não proíbe o ordenamento jurídico vigente.

A segurança tem sua importância na proteção conferida aos cidadãos de que as ações estatais ocorrerão conforme as regras vigentes e, em caso de mudança, não representarão uma ruptura, não serão mudanças drásticas que afetem o patrimônio jurídico consolidado, ou a legítima confiança depositada pelo cidadão no sentido de que o Estado não mudará bruscamente a legislação sobre a qual age o administrado.

O ordenamento jurídico se dispõe a assegurar a estabilidade às relações, resguardando um mínimo de certeza na regência da vida social (SANTOS, 2022). Daí a importância do princípio da segurança jurídica, se não o mais importante dentre os princípios gerais do Direito é, indubitavelmente, um dos mais importantes.

A segurança jurídica, ao lado do princípio da legalidade, desempenha um papel central, porque liga-a diretamente à do Estado de direito. A confiança constitui, de fato, a espinha dorsal comum destes dois princípios, que são inseparáveis a este nível.

O Estado de Direito tem o papel de tranquilizar o cidadão sobre o futuro do seu direito, ao vincular a sua evolução a constantes ideais de oposição à arbitrariedade, e ao permitir o controle da conformidade de textos e atos. Inspira e sustenta a confiança do litigante. É este subprincípio da confiança legítima que inspira a anulação de atos ou textos administrativos que contrariem o sentimento de confiança que os cidadãos desenvolvem face a situações ratificadas pelas

autoridades públicas, uma vez que proíbe a retroatividade de qualquer norma ou ato que imponha novos encargos aos administrados.

Não é demais salientar que o princípio da segurança jurídica, também denominado de princípio da estabilidade das relações jurídicas, como defende Canotilho (2003, p. 256), se constitui em uma das vigas mestras da ordem jurídica. E o autor, ainda sobre o tema, ressalta:

O homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão. [...] A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.

Pode-se afirmar, portanto, que a segurança jurídica remete também à ideia de previsibilidade, pois o ser humano deve ser capaz de saber as consequências jurídicas de seus atos, de modo que possa sempre prever seus efeitos, como se extrai da lição de Armelin (2003, p. 292), *in verbis*:

A segurança jurídica constitui um elemento fundamental para a sociedade organizada, um fator básico para a paz social, o que implica estabilidade de situações pretéritas e previsibilidade de situações futuras. No plano da atuação jurisprudencial, a previsibilidade das decisões judiciais insere-se para o usuário da jurisdição como um fator de segurança que o autoriza a optar por um litígio ou por uma conciliação. É fundamental que quem busque a tutela jurisdicional tenha um mínimo de previsibilidade a respeito do resultado que advirá de sua postulação perante o Judiciário.

Por isso o princípio em comento também está consagrado dentre as garantias fundamentais do Estado de Direito, e centrado na certeza repassada aos cidadãos de que determinadas relações ou situações jurídicas não serão modificadas por motivos circunstanciais ou, por exemplo, pela conveniência política. É importante pensar em segurança jurídica atrelada à legalidade, pois quando a Constituição Federal veda, por exemplo, que os entes federados exijam ou aumentem tributos sem que lei o estabeleça, busca resguardar os contribuintes de surpresas, reforçando a segurança jurídica em matéria tributária (MARRAFON; DAYAN, 2020).

A força do conceito de segurança jurídica é a mais completa de todos os sistemas que visam promover regras que devem orientar o efeito da ação estatal em situações estabelecidas e a restauração de situações desnecessariamente perturbadas. Traz consigo a fermentação fecunda da “confiança legítima” herdada da sua história, que permite a organização e o desenvolvimento daquela verdadeira simbiose jurídica, que é o princípio da segurança jurídica.

Garcia e Ribeiro (2022), por sua vez, ressaltam a conciliação dos interesses públicos e privados é difícil porque exige segurança jurídica das normas, previsibilidade do sistema constitucional, que deve garantir a legitimidade e a coerência dos incentivos fiscais. Portanto, a

segunda dimensão, de natureza subjetiva, diz respeito à “proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação” (SILVA, 2005, p. 4).

Segundo Amaral (2011, p. 241), os principais elementos componentes da segurança jurídica são a “clareza da lei e previsibilidade do direito, aliados à estabilidade das relações jurídicas, à confiança legítima, à busca pela verdade e ao respeito ao direito processual legislado”.

A importância do princípio da segurança jurídica é tamanha que outros princípios dele derivam, tais como o princípio da irretroatividade da lei, segundo o qual a lei é editada para o futuro, e não para reger situações pretéritas. Tal máxima se encontra consagrada expressamente no inciso XXXVI, do art. 5º, da Constituição de 1988, o qual preconiza a proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito.

De acordo com Sarlet (2004), a segurança jurídica está intrínseca ao princípio da irretroatividade que estabelece que as normas futuras não impliquem em atentado ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Já que ao contrário a situação jurídica geraria incerteza.

Cumprido esclarecer, ainda, que a segurança jurídica não é fruto apenas da lei, mas também de sua aplicação pelo Poder Judiciário, mormente quando se refere da segurança advinda da coisa julgada, assim como deve imperar no âmbito administrativo, pois os administrados se orientam pelos atos administrativos, não se podendo admitir que a instabilidade impere na Administração Pública, em virtude das consequências maléficas para o indivíduo.

O conceito de segurança jurídica, tal como está estabelecido na sua base constitucional, reúne dois princípios gerais que é o da irretroatividade dos atos administrativos e a da intangibilidade dos atos administrativos individuais, que constituem ambas regras de direito objetivo. Estas duas noções têm uma natureza simultaneamente objetiva e subjetiva. Esta última está firmemente estabelecida no direito público e constitucional.

Aplica-se a qualquer norma que, promulgada não apenas no bem comum, mas também afetando situações pessoais, promova ou limite interesses de natureza individual. Pode-se mesmo dizer que este conceito de segurança jurídica é protetor de parceiros privados da autoridade pública domina o sistema de direito administrativo brasileiro, haja vista a sua imprescindibilidade à manutenção da paz social e da estabilidade das relações.

A segurança jurídica é, também, imperativo de justiça, pois esta somente se concretiza em uma ordem jurídica que preze pela segurança. Outros princípios que devem ser considerados, em matéria tributária, para que a segurança jurídica se concretize, ou seja, além do princípio da legalidade, também o princípio do exclusivismo, que impede o emprego de normas indeterminadas na seara tributária reforça a segurança jurídica, ganhando relevo também os princípios da isonomia e da boa-fé (BEZERRA; BORGES, 2015).

Para se resguardar a segurança jurídica, deve-se assegurar o acesso livre ao Poder Judiciário e, assim, tutelar os direitos dos cidadãos. Em suma, o princípio da segurança jurídica se encontra intrinsecamente relacionado à noção de irretroatividade, de não surpresa. E em se tratando de matéria tributária alguns institutos ganham relevo, a exemplo do princípio da anterioridade, como se passa a expor.

2.2 O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

O Princípio da Anterioridade encontra-se no artigo 150, III, “b”, da Constituição e veda que os entes federados – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios –, cobrem tributos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” (BRASIL, 1988). Logo, a vedação alcança tanto a instituição de tributos, quanto a majoração de alíquotas.

Com base no referido dispositivo constitucional, infere-se que a cobrança de impostos, taxas, contribuições de melhoria, dentre outras modalidades de tributos, que tenha sido criada ou majorada, somente pode se dar a partir do primeiro dia do exercício financeiro subsequente ao da publicação do diploma legal que, repita-se, criou ou majorou alíquota de imposto, taxa, ou qualquer outra modalidade tributária.

Trata-se de norma dirigida aos agentes estatais, impondo a eles que se abstenham de praticar determinado fato, qual seja o de cobrar tributos no mesmo exercício financeiro da sua instituição ou aumento. Enquadra-se esta norma, com base na classificação funcional proposta por Hans Kelsen, na categoria de norma com função impositiva negativa, ou norma proibitiva.

No Brasil, o exercício financeiro, que diz respeito ao período dentro do qual se realiza um orçamento estatal anual, corresponde exatamente ao ano civil. Portanto, para se ter uma ideia, eventual diploma legal que crie ou majore alíquota tributária de determinado imposto, por exemplo, em fevereiro do corrente ano, somente gera efeitos a partir do primeiro dia do ano subsequente, ou seja, janeiro de 2020, já que é nesta data que se inicia o próximo exercício financeiro.

A anterioridade tributária jamais pode se confundir com a o princípio da não retroatividade da lei. Este princípio determina que a lei seja sempre anterior ao fato gerador de um tributo. Ou seja, decorre do princípio da legalidade, que consiste em criar ou majorar a alíquota de determinado tributo e que não pode retroagir. Já a anterioridade está relacionada à segurança jurídica e, por isso, entende o autor que pode ser compreendida como irretroatividade qualificada, já que se exige legislação editada anteriormente ao exercício financeiro no qual determinado tributo pode ser cobrado.

Há de se destacar sempre que o tributo jamais poderá ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que é criado ou majorado. Norma, nesse sentido, é inconstitucional, seja quanto à instituição, seja quanto à majoração, pois se assim não o fosse estaria o constituinte possibilitando surpresas tributárias, o que viola também a moral administrativa (SANTOS, 2022).

Dessa forma, pode-se afirmar que o Princípio da Anterioridade Tributária diz respeito a uma limitação ao poder de tributar dos entes da federação, sendo um princípio basilar do Sistema Tributário Nacional, sem o qual os contribuintes acabariam por se sujeitar ao fator surpresa decorrente da possibilidade que teria o Estado de cobrar tributo imediatamente após a publicação legal que o instituísse ou aumentasse, situação que certamente implicaria insegurança jurídica ao contribuinte.

Cabe aqui uma ressalva quanto à expressão “cobrar”, utilizada equivocadamente pelo legislador constituinte, e que poderia levar a uma interpretação maliciosa, tendente a anular os efeitos práticos efetivamente pretendidos com a adoção do Princípio da Anterioridade. O princípio em comento, portanto, clama que a legislação que institua ou majore determinado tributo somente incida sobre fatos ocorridos no exercício subsequente ao da entrada em vigor da lei. Desta feita, não sendo observada a regra da anterioridade pelo ente federado que criou ou majorou tributo, é inadmissível a cobrança por clara violação ao que dispõe o já citado art. 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal.

Se assim não fosse, restaria configurada a insegurança jurídica, pois caso um determinado Estado resolvesse instituir um tributo em junho de determinado ano, poderia cobrá-lo já em julho daquele mesmo exercício, por mera conveniência administrativa, o que é inadmissível. Não há que se falar, repita-se, em exigência de tributo no mesmo exercício em que fora instituído ou majorado.

O Princípio da Anterioridade, portanto, nos termos dispostos na Constituição de 1988, segundo os autores acima citados, não pode ser interpretado literalmente, de forma que o verbo “cobrar” precisa ser entendido com o sentido de que o tributo instituído ou aumentado em determinado exercício somente incidirá sobre fatos ocorridos no exercício subsequente a essa instituição ou aumento.

Mesmo se tratando de um importante instrumento de defesa do contribuinte contra eventuais abusos na atividade arrecadadora, em nome de outras razões que dizem respeito a interesses estatais específicos, a exemplo da intervenção na economia para fins de controle da inflação ou da regulamentação de preços para fins de controle da balança de exportações e importações, admitiu o legislador constituinte algumas exceções ao Princípio da Anterioridade, as quais não podem ser ampliadas por meio de Emenda ao texto da Constituição.

Mas como as exceções ao Princípio da Anterioridade não se enquadram no foco deste trabalho, limitar-se-á neste momento, apenas a título ilustrativo, à citação dos casos em que não se aplica referido Princípio, com a respectiva indicação do dispositivo da Constituição que as alberga:

a) empréstimos compulsórios em função de calamidade pública, guerra externa ou iminência de guerra (art. 148, I); b) impostos extraordinários de guerra (art. 150, §1º); c) impostos sobre importação e exportação - II e IE (art. 150, §1º); d) imposto sobre produtos industrializados - IPI (art. 150, §1º); e) imposto sobre operações financeiras - IOF (art. 150, §1º); f) restabelecimento da alíquota do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - ICMS, quando incidente sobre combustíveis e lubrificantes (art. 155, §4º, VI, c); g) restabelecimento da alíquota da contribuição de intervenção no domínio econômico - CIDE, quando referente às atividades de importação, comercialização de petróleo, gás natural e derivados, além de álcool combustível (art. 177, §4º, I, b); e h) contribuições parafiscais empregadas para custear a seguridade social (art. 195, §6º) (BRASIL, 1988).

Pode-se perceber da leitura das hipóteses excepcionais ao Princípio da Anterioridade que, de maneira racional, o constituinte buscou proteger interesses dos cidadãos e dos próprios contribuintes que se sobrepõem à necessidade de segurança jurídica concernente ao planejamento econômico-financeiro. Em caso de guerra, por exemplo, a urgência na obtenção de recursos por parte do Estado justifica a autorização para a cobrança imediata de um imposto extraordinário ou de um empréstimo compulsório.

Embora possa parecer paradoxal, interessa ao contribuinte que o Estado tenha o direito de restabelecer, a qualquer momento, as alíquotas do ICMS e da CIDE, quando incidentes sobre combustíveis e seus derivados, pois essa exceção ao Princípio da Anterioridade é o que pode estimular a concessão, por parte do Estado, de benefícios temporários mediante redução da alíquota dos referidos tributos. Destarte, o que precisa ficar claro, a respeito das exceções constitucionais ao Princípio da Anterioridade, é que tais hipóteses estão limitadas àquelas previstas como fruto do Poder Constituinte Originário, não podendo ser ampliadas por meio de Emenda à Constituição.

A despeito da importância do Princípio da Anterioridade, Estados, Municípios e principalmente a União, favorecendo-se do método de interpretação literal da Constituição, encontraram um meio de burlar a norma e obter vantagem em relação aos seus contribuintes, anulando os efeitos dele decorrentes. A técnica adotada consistiu na publicação de leis instituidoras ou majoradoras de tributos, sempre nos últimos dias do ano, de forma que a sua cobrança pudesse ser iniciada quase que imediatamente, surpreendendo o contribuinte com aumento repentino da carga tributária.

No âmbito da União, por exemplo, o Congresso Nacional, através da Lei n. 10.336, instituiu a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo, gás natural e álcool etílico combustível: é a chamada CIDE-Combustíveis. Referida lei foi publicada em 20 de dezembro de 2001, passando a produzir efeitos a partir de 1º de janeiro de 2002, concedendo ao contribuinte exíguos 11 (onze) dias para planejamento econômico-financeiro.

No mesmo sentido, a Lei n. 9.393 que, publicada em 20 de dezembro de 1996, com *vacatio legis* de 11 (onze) dias, alterou as alíquotas do Imposto Territorial Rural (ITR), chegando a

aumentar, em determinadas situações, de 4,5% (quatro e meio por cento) para 20% (vinte por cento). A Lei n. 8.147 violou ainda mais gravemente o Princípio da Não-Surpresa, ao aumentar de 1,2% (um inteiro e dois centésimos por cento) para 2% (dois por cento) a alíquota da contribuição para o Finsocial, fazendo incidir a nova alíquota a partir do dia seguinte à data da sua publicação, que ocorreu em 31 de dezembro de 1991.

Um pouco menos afrontosa, a Lei n. 8.155, publicada em 31 de dezembro de 1990, instituiu a Taxa de Conservação Rodoviária, concedendo *vacatio legis* de 2 (dois) meses, na medida em que seus efeitos somente passaram a ser sentidos a partir de 1º de março do ano seguinte. Tal lapso temporal, no entanto, inferior a 15 (quinze) dias, não se caracteriza como suficiente para garantir a proteção do contribuinte contra a imposição de tributo sem aviso prévio que lhe permita promover adequado planejamento econômico-financeiro.

As leis supracitadas, embora na sua maioria revestidas das formalidades requeridas pelo dispositivo constitucional que trata sobre o Princípio da Anterioridade, demonstram o verdadeiro desrespeito à sua essência, à sua finalidade maior, que é conferir segurança jurídica ao contribuinte. São claros exemplos da violação ao princípio da anterioridade. Fica evidente, assim, a ineficácia do Princípio da Anterioridade, facilmente burlado durante anos a fio mediante a edição de leis muito próximas do término do exercício social.

2.3 O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL

O Princípio da Anterioridade Nonagesimal pode ser também denominado de Princípio da Noventena ou de Princípio da Anterioridade Mínima. Ao contrário do Princípio da Anterioridade, a Noventena, como princípio aplicável aos tributos em geral, é fruto do Poder Constituinte Derivado, tendo sido incluído no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003.

O dispositivo constitucional que alberga o Princípio da Noventena é a alínea “c” do inciso III do artigo 150. Este dispositivo veda, como já dito alhures, que os entes federados cobrem tributo em determinadas situações. Aqui, a alínea “c” destaca que esta vedação alcança os noventa dias antes da data em que fora publicada lei que criou ou majorou tributo. Contudo, a alínea “c” deve ser sempre interpretada em consonância com o que dispõe a alínea “b”. Por exemplo, não adiante publicar uma lei majorando tributos, em 30 de dezembro de 2018, no afã de cobrá-lo já em janeiro de 2019. Ainda que respeitada a anterioridade, nesse caso, a noventena foi inobservada.

A função do Princípio da Anterioridade, conforme ensina Eduardo Maneira, citado por Sacha Calmon Navarro Coelho (2006, p. 255), é atuar como subprincípio do que o autor denomina

de “princípio da não surpresa”, e, por conseguinte, resguardar a segurança jurídica, que claramente restaria afrontada se se permitisse instituição ou majoração de tributos a qualquer momento.

Medeiros e Rodrigues (2022) destaca, nesse contexto, que não há como se compreender a anterioridade da lei tributária senão à luz do princípio da segurança jurídica. É somente assim que se evitam surpresas e que se retira do Fisco condutas arbitrárias.

Desta feita, não há como negar que o princípio da interioridade evita a surpresa, ou seja, que o contribuinte, sem que esteja preparado, seja compelido a arcar com tributos instituídos ou majorados em desconformidade ao que dispõe a legislação. Logo, não há que se falar em criação ou aumento de tributo “da noite pro dia”. As regras tributárias devem ser claras e seguras, o que somente é possível se observados, conjuntamente, a anterioridade e a noventena, ou anterioridade nonagesimal. Os princípios em comento, portanto, permitem que o contribuinte se organize, que ele estabeleça metas claras no que tange o recolhimento de tributos e evite, como já dito, o elemento surpresa.

Foi com o intuito de renovar a função do Princípio da Anterioridade que se acrescentou a alínea “c” ao inciso III do artigo 150 da Constituição, instituindo-se o Princípio da Anterioridade Nonagesimal ou Mínima, cujo conteúdo consiste na previsão de uma *vacatio legis* de pelo menos 90 (noventa) dias entre a data de publicação da lei e a data a partir da qual se tornará possível a cobrança do tributo por ela instituído ou aumentado.

Faz-se mister destacar que o Princípio da Noventena não é inovação recente, devendo-se reconhecer que a sua previsão remonta ao texto original da Constituição de 1988, mais especificamente no seu artigo 195, §6º:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b (BRASIL, 1988).

A aplicabilidade desse dispositivo, no entanto, se restringia às contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social, de forma que só com a Emenda n. 42/2003 é que a *vacatio legis* de 90 (noventa) dias passou a ter aplicabilidade em caráter geral, ou seja, passou a valer para todas as espécies tributárias.

A respeito do Princípio da Anterioridade Nonagesimal, Sérgio Pinto Martins (2006, p. 87) aduz que “o objetivo da norma é evitar que o ente tributante edite lei em 31-12 e logo no dia seguinte passe a exigir o imposto de acordo com a nova regra, pegando de surpresa o contribuinte”.

A instituição do Princípio da Anterioridade Nonagesimal foi fundamental para resguardar ainda mais a segurança jurídica dos contribuintes, pois de nada adiantaria assegurar que somente pode ser o tributo majorado ou criado cobrado pelo Fisco no exercício subsequente se não se

resguardasse um período “x”, de vacância (VALLE, 2012). A anterioridade nonagesimal é, portanto, uma forma de se assegurar que o tributo criado ou majorado somente possa ser cobrado no exercício anterior, mas também que a legislação que o majore ou crie entre em vigor pelo menos noventa dias antes de tal cobrança. Portanto, há de se respeitar, concomitantemente, o princípio da anterioridade e os noventa dias de vacância.

Resta claro, pelas mesmas razões até aqui, o Princípio da Anterioridade Nonagesimal também comporta exceções, algumas delas coincidentes com as exceções ao Princípio da Anterioridade. Não obstante, a Constituição de 1988 estabeleceu situações em que não há necessidade de se observar os noventa dias de vacância, ou seja, o tributo pode ser cobrado imediatamente, a saber: a) empréstimos compulsórios em função de calamidade pública, guerra externa ou iminência de guerra (art. 148, I); b) impostos extraordinários de guerra (art. 150, §1º); c) impostos sobre importação e exportação (art. 150, §1º); d) imposto sobre operações financeiras (art. 150, §1º); e) imposto sobre a renda (art. 150, §1º); f) fixação da base de cálculo do imposto sobre a propriedade de veículos automotores (art. 150, §1º); e g) fixação da base de cálculo do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (art. 150, §1º).

3 SEGURANÇA JURÍDICA E A COMPLEXIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Finalizando esta discussão, conferir segurança jurídica ao sistema tributário seria, antes de tudo, garantir que os princípios constitucionais que regem o sistema fossem devidamente assegurados (além de legalidade, anterioridade e irretroatividade, também a capacidade contributiva e o devido processo legal), uma vez que se portam como verdadeiras garantias do contribuinte, seja numa perspectiva individual, de que ninguém pode ser cobrado de um tributo que não fora criado por lei, por exemplo, mas também em uma perspectiva social, de maneira que a aplicação de um precedente a casos semelhantes confira uma maior previsibilidade e igualdade na cobrança.

Nesse contexto, é primordial que, no contexto de uma reflexão maior sobre o o sistema tributário brasileiro, dentro do debate acerca da repercussão igualitária da carga tributária sobre o contribuinte brasileiro, seja ele o trabalhador ou o empresário, deve-se perquirir acerca de metodologias capazes de assegurar que as decisões fiscais sejam tomadas visando uma maior segurança jurídica.

Isso porque a segurança jurídica repercutirá diretamente no equilíbrio econômico do país, tendo em vista que a previsibilidade dos caminhos tomados pelo órgão arrecadador, fará com que a escolha de conduta pelo agente econômico, ainda que no seu interesse individual de maximização de seu bem-estar, possa estar pautada por uma garantia de isonomia com todos os demais agentes do mercado (CARVALHO, 2014).

A escolha por um ou outro caminho tomado pelos agentes estatais arrecadadores terão consequências diretas na economia, porquanto os agentes de mercado tomarão suas decisões estrategicamente (BORGES; VILLELA, 2002). Como exemplo, pode-se citar a possível escolha do agente econômico que opta por inadimplir um tributo, seja porque adimpli-lo tomará muito tempo de seu setor de contabilidade, seja porque existem, corriqueiramente, programas de refinanciamento de dívidas fiscais (REFIS) que acabam estimulando essa realocação dos recursos para um setor rentável, levando em conta que a taxa de juros aplicável a essa moratória de adimplemento estimula o investimento daquele valor no mercado.

Desse modo, ao tempo em que se verifica um exacerbado número de normas tributárias reguladoras e gravosas dirigidas à inadimplência, por outro lado, lançam-se, quase que anualmente, esses programas de refinanciamento, gerando, em consequência, verdadeiras falhas de mercado que trazem notáveis prejuízos ao princípio da Livre Concorrência (LEÃO, 2017). Ao passo em que tenta reaver recursos sonogados, acaba criando uma janela de oportunidades para quem deseja prorrogar o tempo de adimplemento tributário, já que no mercado “time is money”, prejudica aqueles que, ao realizar seu pagamento em dia, acabam ficando sem ativos para investir e expandir seu negócio.

Desta feita, se de um lado nota-se a dificuldade dos órgãos arrecadadores em estabelecer normas simples e eficazes (que proporcionariam segurança jurídica) em todo o território, para facilitar e estimular a atuação de empresas produtivas no país, bem assim, em estabelecer os critérios de tributação com base no local e momento de ocorrência do fato gerador (veja-se, por exemplo, a dificuldade em se tributar os serviços de *streaming*), por outro, acaba adotando maior rigor com quem não consegue fugir da carga tributária, como no caso dos encargos sobre a renda oriunda do trabalho (imposto de renda, tributos sobre o consumo, contribuição previdenciária etc.) e do comércio de bens e serviços (ICMS, ISS, IPI, CSLL, Pis, Cofins, etc.).

Questiona-se, diante desse cenário de complexidade do sistema tributário brasileiro, quais seriam, então, as possíveis soluções, para se garantir segurança jurídica àquele que se aventura nos caminhos do empreendedorismo, pequeno ou grande investidor, e, além disso, ao contribuinte que obtém sua renda a partir da venda de sua força de trabalho.

Resta saber de que modo seria possível se alcançar a segurança jurídica que, em consequência, culminaria em uma cobrança isonômica dos tributos e levaria à confiança nas instituições brasileiras, atualmente em crise.

Em primeiro lugar, é importante frisar que, pelo menos ao que parece, os problemas de insegurança jurídica no Brasil não seriam cessados, pura e simplesmente, com a adoção de uma reforma tributária legislativa capaz de alterar alguns institutos jurídicos. Seria necessário, por outro lado, uma verdadeira mudança de paradigmas, não apenas do ponto de vista dos dogmas tributários, mas do que realmente significa a arrecadação para o Estado e como ela pode ser realizada, pelos procedimentos fiscais, bem assim, de como têm sido aplicadas as receitas públicas (SANTOS, 2022).

O problema não se cinge apenas ao campo do direito tributário, mas, de fato, a desigualdade quanto à repercussão da carga tributária, pelo fato de que a maior parte da nossa carga recai sobre o consumo, onerando sobremaneira as camadas com menor poder aquisitivo (daí falar-se em regressividade), é bastante acirrada em função da desequilibrada distribuição desse ônus contributivo (NABAIS, 2009).

O problema também é notado a partir da má distribuição de recursos públicos, seja em privilégios para alguns setores do serviço público, seja a partir da concessão de incentivos fiscais (verdadeiras despesas públicas) para grandes empresas, em detrimento de micro e pequenas, que se utilizam de seu poder econômico para barganhar sua presença em uma localidade (gerando as chamadas guerras fiscais entre estados e municípios). Além disso, o modo como é procedida a tomada de decisão pelos órgãos administrativos fiscais e pelo Poder Judiciário também representa um contratempo significativo para a confiança no sistema tributário pátrio (SANTOS, 2022).

As distorções sistemáticas observada no ordenamento jurídico brasileiro seriam, assim, minimizadas se, no contexto de reforma tributária, houvesse uma maior preocupação com a segurança jurídica, buscando-se privilegiar a previsibilidade e a confiabilidade, corolários daquela. Ao alcançá-las, a consequência de um sistema mais equilibrado, mais lúcido – como convém à metáfora – seria uma maior justiça fiscal, tema tão batido quando o assunto é reforma tributária.

Percebe-se, ainda, que se tem destacado a necessidade de simplificação do sistema tributário pátrio como forma de alcance dessa segurança, entretanto, não é apenas reduzindo o número de tributos que o sistema, por si só, se tornará menos complexo. Se não houver uma conscientização administrativa na formação de precedentes, para viabilizar a previsibilidade das decisões, de nada adianta a mera simplificação através da diminuição na quantidade de tributos.

Nesse contexto, diversas são as cogitações propositivas tendentes a conferir maior previsibilidade ao sistema tributário, no intuito de dar mais confiança ao contribuinte de modo geral, mas, nesse aspecto, um ponto que merece destaque é a maior capacitação dos agentes que lidam diariamente com o processo administrativo fiscal, além da formação de um sólido banco de precedentes uniformizador (MELO, 2014). Esse fortalecimento das instâncias administrativas que constituem o crédito tributário seria hábil a conferir maior economicidade à atividade de arrecadação e fiscalização, bem assim, daria maiores oportunidades ao contribuinte de participar da elaboração do documento fiscalizatório, consolidando direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

A matriz tributária brasileira, tal como ocorre com qualquer outro sistema jurídico, é a prescrição de condutas que podem ser dirigidas aos particulares ou mesmo ao próprio Estado.

Nesse contexto, ainda se possa tentar negar o caráter normativo dos princípios, vale lembrar que esse entendimento sobreviveu até a atualidade, restando claro que os princípios, assim como as regras, são fontes jurídico-normativas de que decorre a prescrição de uma conduta, impondo ou permitindo as pessoas a agirem de determinada maneira, ou mesmo impedindo-as de agir.

Apesar de a força normativa ser o aspecto comum que une os princípios às regras, faz-se necessário reconhecer a existência de características próprias a um e a outro instituto normativo, características essas que os diferenciam, no mais das vezes, de maneira significativa. Nesse cenário constatou-se que a segurança jurídica, princípio claramente consagrado no art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal de 1988 consubstancia-se em uma das garantias mais importantes que o ordenamento pátrio salvaguarda aos cidadãos.

Ficou claro que para proteger a segurança jurídica, determinados princípios foram estabelecidos no ordenamento jurídico, como princípio da anterioridade e da anterioridade nonagesimal, que visam resguardar o contribuinte de surpresas. Decerto, não se pode admitir que qualquer norma que majore ou institua tributos desrespeite os referidos princípios, sob pena de se violar a segurança jurídica em matéria tributária, comprometendo a estabilidade das relações entre o Fisco e o contribuinte.

Em meio a complexidade do sistema tributário brasileiro, é possível afirmar que ressoa como lógico que a simples alteração normativa, através de uma reforma tributária legislativa, não será suficiente para conferir ao nosso sistema tributário a segurança jurídica buscada, nem a confiabilidade nas instituições almejada.

A efetividade na arrecadação, a eficácia na garantia de direitos fundamentais, ou mesmo a distribuição mais equânime da carga tributária não dependem tão somente da instituição de novas regras legais, mas também da valorização do sistema de cobrança administrativa. Seja na formulação de bancos de precedentes, ou na garantia efetiva da ampla defesa, com a capacitação jurídica dos agentes do Fisco, tudo no intuito de garantir a previsibilidade das decisões concedidas no âmbito fiscal.

A adequação do atual sistema tributário presente no Código Tributário Nacional ao Sistema Constitucional instituído em 1988, depende, muito mais, da necessária uniformização de procedimentos, redução na quantidade de obrigações acessórias instituídas pelo fisco no intuito de arrecadação, e na maior transparência das atividades empresariais.

Atribui-se não apenas ao Poder Legislativo o dever de reformar a ordem jurídica tributária em vigor no Brasil, e que permanece propiciando um ambiente econômico e jurídico inseguro, não confiável, desigual e imprevisível. Para que essa seja efetivamente alcançada, consoante se viu, mister ultrapassar o debate em torno da mera redução da quantidade de tributos e obrigações tributárias acessórias.

Cabe, ainda, à administração tributária (exercida pelo Poder Executivo por meio de seus órgãos arrecadadores, fiscalizadores e julgadores) instituir métodos eficazes para que as

soluções dadas aos processos administrativos se deem em conformidade com os corolários da segurança jurídica, como a previsibilidade e confiabilidade.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um "incidente de resolução de demandas repetitivas". *Revista de Processo - RePro*, São Paulo, v. 36, nº 196, p. 237-276, jun. 2011.

ARMELIN, Donaldo. *Observância à coisa julgada e enriquecimento ilícito: postura ética e jurídica dos magistrados e advogados*. Brasília: Conselho de Justiça Federal/Centro de Estudos, 2003.

BEZERRA, José Antônio Lira; BORGES, Antônio de Moura. Legalidade e segurança jurídica tributária. In: BORGES, Antônio de Moura; MEIRA, Liziane Angelotti; VALADÃO, Marcos Aurélio *Direito Tributário Constitucional: temas atuais relevantes*. São Paulo: Almedina, 2015.

BORGES, José Souto Maior; VILLELA, Marcos Juruena. O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 abril 2022.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%EA7%20ao_Compilado.htm. Acesso em: 25 abril 2024.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942: Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 25 abril 2024.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999: Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 25 abril 2024.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Cristiano. Kafka e o sistema tributário brasileiro: uma visão pela perspectiva do direito e economia. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Kafka, alienação e deformidades da legalidade: exercício do controle social rumo à cidadania fiscal**. São Paulo: RT; Fiscosoft, 2014, p. 55-68.

CARVALHO, Cristiano. Análise econômica da tributação. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

GARCIA, Lidiane da Cruz; RIBEIRO, Maria de Fátima. A tributação como fator de (des)incentivo no desenvolvimento econômico-social: conciliação de interesse público e privados sob perspectiva da análise econômica do direito. **Direito Tributário e suas repercussões socioeconômicas/ Ana Paula Basso e André Luna (org)**. Andradina: Meraki, 2022.

LEÃO, Martha Toribio. **O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade**. 318 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível: <https://repositorio.usp.br/item/002878740> Acesso em: 5 abr. 2024.

MARRAFON, Marco Aurélio; DAYAN, Thiago. A crise de segurança jurídica no direito brasileiro: o caso do pagamento na denúncia espontânea através da compensação tributária. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD, [S. l.]**, n. 37, p. 1-19, 2020. DOI: 10.12957/rfd.2020.53376. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/53376> Acesso em: 29 abr. 2024.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEDEIROS, Ronaldo; RODRIGUES, Abílio de Medeiros. A base de cálculo do ICMS Difal – Não Contribuinte: “Única” ou “Dupla”? Basso, Ana Paula et al. **Direito Tributário e suas repercussões socioeconômicas/ Ana Paula Basso e André Luna (org)**. Andradina: Meraki, 2022.

MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. Relação jurídica tributária: em busca do equilíbrio entre a eficiência da administração tributária e a proteção dos direitos individuais. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 86, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/1265/971> Acesso em: 5 abr. 2024.

NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. **Revista Tributária e de Finanças Públicas: RTrib**, v. 17, n. 88, p. 169-308, set./out. 2009.

SANTOS, Guilherme Ribas da Silva. *Segurança jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Almedina, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 237, p. 271-316, 2004. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/44376> Acesso em: 5 abr. 2024.

VALLE, Maurício Dalri Timm do. O princípio da anterioridade tributária. *Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município de Londrina*, v. 1, n. 1, p. 103-114, 2012. Disponível: <https://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina/article/view/8/7> Acessado em: 29 abr.2024.

CRIMINOLOGÍA Y SUS NUEVAS PERSPECTIVAS¹Douglas Bonaldi Maranhão²Ederson Luiz Reis dos Santos³

Resumen: La magnitud de los problemas y la configuración de una sociedad posmoderna implicó cambios sociales significativos, que exigen la transformación de las ciencias criminales para satisfacer la realidad contemporánea. Así, utilizando el método deductivo, mediante una revisión bibliográfica y documental, se analizará la criminología y sus nuevas perspectivas, observando las evoluciones criminológicas como efecto de los significativos cambios sociales de la realidad contemporánea. Por lo tanto, se observará que algunas de las nuevas perspectivas han surgido con el desarrollo de la Criminología radical o crítica, específicamente, aquellas con reflexión teórica y política sobre la violencia de género, misógina y homofóbica (Criminología Feminista y Queer), así como otras con discursos políticos basados en el clamor público por una mayor represión punitiva, como la Criminología Actuarial. Finalmente, en términos generales, se observará la tendencia criminológica con sesgo gerencialista, que avanza hacia una concepción policial del delito, todo ello con miras a la máxima eficacia en la protección social.

Palabras clave: Criminología. Teorías del control. Nuevas perspectivas.

Abstract: The magnitude of the problems and the configuration of a postmodern society implied significant social changes, which demand the transformation of criminal sciences to meet the contemporary reality. Thus, using the deductive method, through a bibliographic and documentary review, criminology and its new perspectives will be analyzed, observing the criminological evolutions as an effect of the significant social changes of the contemporary reality. Therefore, it will be observed that some of the new perspectives have emerged with the development of radical or critical Criminology, specifically, those with theoretical and political reflection on gender, misogynist and homophobic violence (Feminist and Queer Criminology), as well as others with political discourses based on the public clamor for greater punitive repression, such as Actuarial Criminology. Finally, in general terms, the criminological trend with a managerialist bias will be observed, which moves towards a police conception of crime, all with a view to maximum efficiency in social protection.

Keywords: Criminology. Theories of control. New perspectives.

¹ Recebido em 04/03/2024 e aprovado em 09/08/2024.

² Doutor em Direito Penal pela USP - Universidade de São Paulo (2020). Mestre em Direito Penal pela UEM - Universidade Estadual de Maringá (2008); Especialista em Direito e Processo Penal (2005/2006) e em Filosofia Política e Jurídica (2003/2004), ambos pela UEL - Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná (1998/2003). Professor da UEL, atuando junto ao EAAJ - Escritório de Aplicação e Assuntos Jurídicos. Professor convidado de diversos Cursos de Especialização em Direito e Processo Penal. Vice-Coordenador da Pós-Graduação Lato sensu em Direito e Processo Penal da UEL. Advogado desde 2003, sócio fundador do escritório Douglas Bonaldi Maranhão Advocacia. Membro da Comissão de Defesa das Prerrogativas - 2010/2012 - OAB/PR Subseção Londrina. Conselheiro da OAB/PR Subseção Londrina (2019-2021).

³ Mestre em Ciências Criminológico-Forenses pela Universidade de La Empresa/Uruguai. Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado em Direito aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia. Atualmente é servidor público na Prefeitura Municipal de Londrina.

INTRODUCCIÓN

La Criminología se ha desarrollado según los dictados de la sociedad contemporánea. Para ello, se trazará una breve historia de la Criminología desde su aparición, repasando los primeros estudios de la Escuela Clásica con Cesare Beccaria, Francesco Carrara, Jeremy Bentham etc., así como su posterior evolución como disciplina “científica” de base empírica con la Escuela Positivista representada por Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo y Enrico Ferri.

Además, en oposición al pensamiento biopsicológico de la referida escuela, se verá que en los Estados Unidos los estudios criminológicos siguieron una perspectiva predominantemente sociológica, dividida en dos puntos de vista principales: las de orientación consensual (Escuela de Chicago, Teoría de la Asociación Diferencial, Teoría de la Anomía y Teoría de la Subcultura Delincuente) y los de orientación conflictiva (*Labelling Approach* y Crítica).

Ya en la llamada posmodernidad, el aumento vertiginoso de la criminalidad derivado de los disturbios sociales creados por el capitalismo transnacionalizado, ha llevado a una intensificación del punitivismo como instrumento de control social, por eso, será observado que los estudios criminológicos han recurrido a las Teorías del control, reforzando la noción de “Ley y Orden” para justificar la intervención estatal.

Finalmente, se destacará la producción de algunas tendencias criminológicas impulsadas por la sociedad actual, especialmente las relacionadas con las minorías sexuales y de género (Criminología Feminista y *Queer*) y las de mayor represión punitiva (Criminología Actuarial), que, a pesar de las diferencias, avanzan hacia el campo represivo, en lugar de valorar otros aspectos de fondo, filosóficas, éticas y valorativas sobre la cuestión criminológica.

1 PRECEDENTES HISTÓRICOS

El profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI⁴, catedrático de la Universidad de Buenos Aires, señala que el surgimiento del pensamiento jurídico europeo, que abarca los diversos campos del saber, se relaciona con la transición del período feudal al capitalista, con énfasis en el ascenso de la clase burguesa y la decadencia de la nobleza, que junto con la revolución industrial habilitaron las condiciones para un profundo cambio cultural, a la vez que redefinieron el problema del control social en la nueva sociedad emergente.

En medio de este proceso de creciente desarrollo de las disciplinas jurídicas,

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1940. **A questão criminal**. Traducción Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

especialmente del derecho penal y procesal penal, a través de los códigos y bajo la influencia de la escuela exegética, surgió la Criminología como campo de estudio del supuesto origen del delito y sus causas determinantes.

Según German ALLER⁵, la Criminología tiene una historia relativamente corta, desde los primeros estudios de LOMBROSO en 1870 hasta la publicación de su obra *L'uomo delinquente* en 1876. Por otro lado, explica que el pensamiento criminológico existe desde hace mucho tiempo, caracterizado por una notoria tendencia hacia la filosofía liberal y en clara oposición al autoritarismo dominante de los siglos pasados, por ejemplo, en el siglo XV, la obra *Cautio criminalis*, publicada en 1631 por Langenfeld von SPEE, en un intento de contrarrestar el libro *Malleus Maleficarum* (El martillo de las brujas) de Jakob SPRENGER y Heinrich KRÄMER utilizado desde 1486 como manual de la Inquisición.

En este sentido, ZAFFARONI⁶ explica que el pionerismo criminológico comenzó con los Demonólogos y su discurso de estructura inquisitorial punitiva contra Satanás y sus seguidores, especialmente las brujas. El autor explica que el *Malleus Maleficarum* estaba muy bien sistematizado, reuniendo en un único sistema armónico: la Criminología (origen del mal), el Derecho Penal (manifestaciones del mal), el Proceso Penal (cómo se investiga el mal) y la Criminalística (datos para descubrir el mal en la práctica). Así, afirma que los principales núcleos estructurales de la obra han permanecido hasta nuestros días desde los orígenes mismos de la criminología.

De hecho, no hay consenso en identificar el momento en que la Criminología pasa a ser conocida con cierta autonomía científica. Sin embargo, no cabe duda de que el antropólogo TOPINARD utilizó por primera vez la palabra “criminología” en 1879, y que el propio GAROFALO, seguidor de LOMBROSO, utilizó el término como título de su obra *Criminología* en 1885⁷.

2 ESCUELAS CLÁSICA Y POSITIVISTA

Dejando a un lado la discusión que se centra en determinar al “padre” de la ciencia criminológica, se podría decir, en dos grandes líneas de pensamiento, que la criminología nace con el positivismo, ya sea sociológico o biológico; o, incluso, que la criminología nace con la Escuela Clásica⁸.

En este sentido, las ideas sobre el delito y el derecho penal desarrolladas en el seno de la filosofía política liberal clásica en la Europa del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX llamaron la atención de los representantes de la criminología positivista, dado que los postulados de la escuela liberal

⁵ ALLER, German. **Paradigmas de la Criminología contemporánea**. In: CONGRESO DE DERECHO PENAL DEL BICENTENARIO DE LA ARGENTINA, Salón de Actos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), 2010, p. 1-3.

⁶ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 32-35.

⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 74.

⁸ *Ibid.*, p. 75.

eran muy diferentes de los que caracterizaban la orientación positivista⁹. En verdad, la Escuela Clásica fue una denominación dada por terceros, ya que los teóricos de la época nunca se reconocieron como tales, ni actuaron como una “escuela”, teniendo apenas algunas ideas en común. De hecho, como bien explica ZAFFARONI¹⁰, fue FERRI quien denominó Escuela Clásica a todo el saber anterior a la Escuela positivista, para erigirse en líder de este nuevo pensamiento.

Respecto a esta corriente doctrinaria, BARATTA¹¹ explica que la escuela clásica no consideraba al delincuente como diferente de los demás, por lo que no partía de la hipótesis de un determinismo rígido, en el que la ciencia se empeñaba en una investigación etiológica del delito. Los clásicos se centraron en el delito entendido como concepto legal, es decir, como una violación del derecho y también del pacto social, según la filosofía política del liberalismo clásico, base del Estado y de la ley. Así, el delito, como comportamiento, surge de la libre voluntad del individuo y no de causas patológicas, por lo que, desde el punto de vista de la libertad y la responsabilidad moral por sus propios actos, el ofensor no se diferenciaba del individuo normal. En cuanto al derecho penal y a la pena, el autor señala que la escuela clásica no los concebía como mecanismos de transformación del sujeto delincuente, sino, sobre todo, como un instrumento legal para defender a la sociedad del delito, creando un efecto disuasorio, es decir, una contra motivación para que el individuo no delinca. En cuanto a los límites en la imposición y aplicación de las sanciones penales, así como las formas en que el Estado ejerce su poder punitivo, se justificaban por la necesidad o utilidad de la pena y el principio de la legalidad.

El pensamiento clásico tuvo varios representantes, entre ellos: Anselm von FEUERBACH en Alemania; Cesare BECCARIA (1738-1794), FILANGIERI (1752-1788), Pellegrino ROSSI (1768-1847), CARMIGNANI (1768-1847), ROMAGNOSI (1761-1835) y Francesco CARRARA (1805-1888) en Italia; Jeremy BENTHAM (1748-1832) y John HOWARD (1726-1790) en Inglaterra, entre otros. Obviamente, todos los autores merecen un análisis exhaustivo, pero sólo se explicarán brevemente algunos, en particular: BECCARIA, HOWARD, BENTHAM y CARRARA.

Cesare Bonesana o Marques de BECCARIA, con su obra *Dei delitti e delle pene* (1764)¹² sentó las bases del marco teórico de la Escuela Clásica. Su tratado proporcionó una formulación programática de los presupuestos de una teoría jurídica del delito y de la pena, así como del proceso, en el marco de una concepción liberal del Estado y del Derecho basada en el principio utilitarista de la máxima felicidad para el máximo número de personas y en las ideas del contrato social y de la división de poderes¹³.

En la línea del utilitarismo disciplinario y del contractualismo se sitúa, también, el discurso disciplinario inglés debido a BENTHAM (1748-1832) y HOWARD (1726-1790). De hecho, estos autores influyeron en lo que se conoce como criminología clásica. En 1777, tras visitar varias prisiones europeas, John HOWARD¹⁴ publicó su obra *The state of prisons*. Aunque el libro denunciaba el estado

⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal**. Traducción de Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004, p. 24.

¹⁰ ZAFFARONI, A **questão criminal**, *op. cit.*, 2013, p. 57.

¹¹ BARATTA, *op. cit.*, p. 23.

¹² BECCARIA, *op. cit.*, 1999.

¹³ BARATTA, **Criminología crítica**, *op. cit.*, 2004, p. 25.

¹⁴ HOWARD *apud* SHECAIRA, *op. cit.*, 2004, p. 84.

miserable de los convictos dentro de las prisiones, era un discurso puritano que propugnaba una similitud con lo que había ocurrido en la prisión de los cuáqueros: la superación del pecado, a través de la meditación, la introspección y el trabajo. El utilitarismo de BENTHAM¹⁵, por su parte, no era más que una ideología positivista con un cálculo de rentabilidad. Su máxima era proporcionar la mayor felicidad al mayor número posible de personas, y Bentham fue el primero en referirse a ciertas medidas preventivas del delito. Su obra *Panopticum or The Inspection House* (1791) expuso un sistema de construcción de prisiones que, con el mínimo esfuerzo y el máximo de economía, permitía el mayor control posible de los condenados.

Siguiendo con la construcción clásica, Francesco CARRARA, citado por BARATTA¹⁶, en los densos volúmenes del *Programma del corso di diritto criminale* (1859) propone una delimitación estricta entre la esfera jurídica y la esfera moral, predominando la consideración subjetiva del delito sobre la consideración subjetiva del reo. La distinción entre la consideración jurídica del delito y la consideración ética del individuo se convirtió inmediatamente en la base a partir de la cual Carrara pasó a realizar una nueva afirmación de la tesis de que la función de la pena es esencialmente de defensa social. Por lo tanto, para CARRARA¹⁷, la finalidad de la pena no es la retribución o la corrección, sino la eliminación del peligro social que se derivaría de la impunidad del delito, siendo los demás efectos meramente accesorios.

Como hemos visto, los clásicos se preocupaban por la responsabilidad del hombre debido al mal uso de su libre albedrío, mientras que los positivistas se centraban en la determinación del hombre a cometer el delito.

Por eso, según BARATTA¹⁸, la reacción contra el concepto abstracto de individuo llevó a la escuela positiva a afirmar la exigencia de una comprensión del crimen que no se detuviera en la tesis indemostrable de la causalidad espontánea por un acto de libre albedrío, sino que buscara encontrar todo el complejo de causas en la totalidad biológica y psicológica del individuo y en la totalidad social en la que el individuo está inserto. Así, con el método de investigación de la llamada Escuela Positiva italiana (*Scuola Positiva*), surgió la Criminología como una disciplina científica de base empírica, cuyos representantes más conocidos fueron LOMBROSO, GAROFALO y FERRI.

En su libro *L'uomo delinquente* (1876), Cesare LOMBROSO, médico turinés, consideraba la delincuencia como una entidad natural, es decir, “un fenómeno necesario, como el nacimiento, la muerte, la concepción”, determinado por causas biológicas de carácter hereditario. ZAFFARONI¹⁹ explica que Lombroso reconoce al “delincuente nato” como una especie particular del género humano (*specie generis humani*) debido a sus características físicas. Así, el criminal es un ser atávico que representa la regresión del hombre al primitivismo, siendo un salvaje que nace delincuente. Por lo tanto, el positivismo lombrosiano está marcado por un determinismo biológico en el que la libertad humana - el libre albedrío - es una mera ficción²⁰.

La visión antropológica dominante de LOMBROSO fue ampliada posteriormente por

¹⁵ BENTHAM *apud* SHECAIRA, *op. cit.*, 2004, p. 85.

¹⁶ CARRARA *apud* BARATTA, *op. cit.*, 2004, p. 29.

¹⁷ *Ibid.*, p. 30.

¹⁸ *Ibid.*, p. 23.

¹⁹ ZAFFARONI, **A questão criminal**, *op. cit.*, 2013, p. 86-87.

²⁰ SHECAIRA, **Criminologia**, *op. cit.*, 2004, p. 96-97.

FERRI con la acentuación de los factores sociológicos, y por GAROFALO con la acentuación de los factores psicológicos.

Enrico FERRI (1856-1929), sucesor y continuador del pensamiento de LOMBROSO, dirigió su atención hacia las ciencias sociales, por lo que se le considera el padre de la sociología criminal. SHECAIRA²¹ explica que Ferri tenía una concepción más amplia de la delincuencia, evitando el reduccionismo antropológico que inició la escuela positivista italiana. Para FERRI²², el complejo fenómeno de la delincuencia era el resultado de factores antropológicos, físicos y sociales, aunque predominaban los factores sociales. Así, basándose en estos condicionantes, Ferri creó una nueva clasificación de los delincuentes, superando los pensamientos anteriores, aunque desde una perspectiva positivista.

En su obra *La negazione del libero arbitrio e la teoria della imputabilita*, critica el libre albedrío como fundamento de la imputabilidad, y la responsabilidad moral debería ser sustituida por la responsabilidad social, ya que el libre albedrío es una mera ficción. Por ello, la razón y el fundamento de la reacción punitiva es la defensa social, que se promueve más eficazmente con la prevención que con la represión de los actos delictivos. En su renovada clasificación, FERRI²³ propone cinco grandes categorías de delincuentes: el nato (la misma clasificación de Lombroso); el loco (comete el delito por enfermedad mental o atrofia del sentido moral); el habitual (persona de grave peligrosidad y bajo nivel de resocialización (cumplen un perfil que coincide en gran medida con el perfil de los delincuentes más peligrosos); el ocasional (persona de baja peligrosidad que está condicionada por una fuerte influencia de las circunstancias ambientales: provocación injusta, necesidades familiares o personales, facilidad de ejecución, conmoción pública, etc.); y el pasional (delincuentes que delinquen movidos por pasiones personales, además de políticas y sociales).

Otro gran exponente del positivismo italiano fue Raffaele GAROFALO (1851-1934) con su obra *Criminologia* (1885). GAROFALO - citado por SHECAIRA²⁴ - trató de crear un concepto material de delito que pudiera sobrevivir a las transformaciones temporales y espaciales, para lo cual acuñó el concepto de “delito natural” como: “lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, según la norma media en que se encuentran las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad”. GAROFALO²⁵ introduce, también, el concepto de *temibilidad*, según el cual la perversidad constante y la cantidad de mal previsto, que cabe temer del delincuente, constituirían la medida de seguridad necesaria para contenerlo. Analizando los exámenes que verificaban la inadaptabilidad social del delincuente, así como su peligrosidad social, se optaba, en la medida de tratamiento, el fin profiláctico para proteger a la sociedad. Por eso, su propuesta penal era profundamente rigurosa, siendo aceptable la eliminación de algunos criminales por medio de la pena de muerte²⁶.

Como se ve, el paradigma de los clásicos era la responsabilidad del hombre como ser libre

²¹ *Ibid.*, p. 97.

²² FERRI *apud* SHECAIRA, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³ *Ibid.*, p. 99-100.

²⁴ GAROFALO *apud* SHECAIRA, *op. cit.*, 2004, p. 44.

²⁵ SHECAIRA, **Criminologia**, *op. cit.*, p. 101.

²⁶ *Ibid.*, p. 102.

(libre albedrío), mientras que el de los positivistas era la determinación del hombre a delinquir (determinismo); el campo de batalla entre los clásicos y los positivistas concentró gran parte de la discusión criminológica en las décadas siguientes²⁷. La gran polémica suscitada por la discusión de las ideas positivistas en oposición al pensamiento que históricamente le antecedió, denominado clásico, creó una bipolarización sociológica y jurídica de la cuestión penal, especialmente en Europa²⁸.

3 LAS TEORÍAS SOCIOLOGICAS

En dirección opuesta a esta polarización dicotómica y poco fecunda, los norteamericanos tuvieron una preocupación diferente. Ante los importantes cambios sociales que se produjeron en los Estados Unidos - consolidación de la burguesía industrial, financiera y comercial; expansión de las clases medias y trabajadoras; aumento significativo de los inmigrantes, crecimiento descontrolado de las ciudades, etc. - e influidos por el evolucionismo de Spencer y el darwinismo social, los norteamericanos buscaron perfiles criminológicos diferentes, partiendo de una perspectiva predominantemente sociológica en oposición al pensamiento biopsicológico de la escuela positivista italiana²⁹.

En este sentido, ALLER³⁰ menciona las principales teorías criminológicas influyentes de la época (siglo XX), tales como: la Teoría ecológica de Chicago (PARK, BURGESS, MCKENZIE, SHAW y MCKAY); la Teoría del aprendizaje social (SUTHERLAND, CRESSEY, SYKES y MATZA); la Teoría de la anomia (DURKHEIM y MERTON); la Teoría de las subculturas criminales (COHEN, CLOWARD y OHLIN); la Teoría del etiquetado o de la estigmatización (THOMAS, TANNENBAUM, BLUMER, BECKER, GOFFMAN), la Teoría de la desviación (LEMERT) y el interaccionismo simbólico en general; la Teoría abolicionista (HULSMAN, CHRISTIE, MATHIESEN) y organizacional; la Teoría de la reacción social, radical, crítica, la nueva criminología y la anticriminología (QUINNEY, VOLD, TURK, TAYLOR, WALTON, YOUNG, BARATTA, PAVARINI); la Teoría del realismo criminológico (WILSON, KELLING, COLE, YOUNG, LEA, MATHEWS) y, por último, la Teoría situacional (GOTTFREDSON, CLARK, CORNISH, GAROFALO).

Obviamente, este trabajo es insuficiente para analizar sistemáticamente cada teoría, pero estudiaremos selectivamente algunas de ellas para comprender los movimientos criminológicos en la sociedad del riesgo.

En este sentido, los enfoques sociológicos se dividen en dos grandes visiones: las de orientación consensual y las de orientación conflictual. La primera, de carácter funcionalista, pero también conocida como teorías de la integración, se ha denominado Teorías del consenso. La segunda, de naturaleza argumentativa, se ha denominado Teorías del conflicto. Cabe destacar que, desde la perspectiva de las

²⁷ ALLER, **Paradigmas de la Criminología**, *op. cit.*, 2010, p. 5.

²⁸ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 142-143.

²⁹ *Ibid.*, p. 143.

³⁰ ALLER, *op. cit.*, p. 5-7.

teorías del consenso, la finalidad de la sociedad se alcanza cuando sus instituciones funcionan perfectamente, de modo que los individuos comparten los objetivos comunes a todos los ciudadanos, aceptan las normas vigentes y comparten las reglas sociales dominantes. Para la Teoría del Conflicto, inspirada en el materialismo histórico marxista, la cohesión y el orden de la sociedad se basan en la fuerza y la coacción, en la dominación de unos y el sometimiento de otros; se ignora la existencia de acuerdos en torno a valores de los que depende el propio establecimiento de la fuerza³¹.

La Escuela de Chicago, la Teoría de la Asociación Diferencial, la Teoría de la Anomía y la Teoría de la Subcultura Delincuente pueden considerarse teorías de consenso. Las teorías del *Labelling Approach* (interaccionista) y Crítica, en cambio, parten de visiones conflictivas de la realidad.

3.1 Teorías de Consenso

Para las Teorías del Consenso, la finalidad de la sociedad solo se alcanza cuando sus instituciones funcionan perfectamente, y esto solo es posible cuando los ciudadanos aceptan las reglas vigentes y comparten las reglas sociales dominantes. En términos criminológicos, cuando los valores convergen y las conductas siguen las reglas sociales dominantes, la sociedad cumplirá mejor su función y habrá menos delincuencia.

3.1.1 La Escuela de Chicago

ZAFFARONI³² explica que los mayores conflictos producidos por la explosión económica tuvieron lugar en los centros urbanos y se produjo una sensación general de desorganización, por lo que los investigadores sociales centraron su atención en la sociología urbana. De ahí nace la importancia del Departamento de Sociología de la Universidad de Chicago, ya que la ciudad de Chicago había pasado de cuatro mil a tres millones de habitantes en un siglo. Esta explosión de crecimiento desarrolló graves problemas sociales, laborales, familiares, morales y culturales, que se tradujeron en un fermento de conflictos y potenciador de la delincuencia. La falta de mecanismos de control social y cultural propiciaron la aparición de un medio social desorganizado y criminógeno que se distribuye de forma desigual por la ciudad³³.

Esta universidad desarrolló trabajos en ciencias humanas con estudios de los movimientos sociales más relevantes de la época, análisis de grupos sociales, sectas, comportamiento de multitudes, opinión pública, psicología de masas, psicología social, conductas patológicas vinculadas a la ciudad, delincuencia y criminalidad. Entre los numerosos autores que elaboraron estudios sobre teorías ecológicas a lo largo de un dilatado periodo que abarca desde la década de 1890 hasta la de 1950, destacan: Robert PARK, Ernest BURGESS y Roderick MCKENZIE³⁴.

Robert PARK fue quien aplicó los conceptos tomados de la ecología (simbiosis, invasión,

³¹ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 138.

³² ZAFFARONI, **A questão criminal**, *op. cit.*, 2013, p. 119.

³³ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 146.

³⁴ *Ibid.*, p. 145.

dominación, sucesión, etc.), buscando explicar los conflictos y la coexistencia de diferentes grupos humanos en un territorio limitado, de ahí se extrajo la denominación de Escuela ecológica de Chicago. Ernest BURGESS dividió Chicago en cinco zonas concéntricas: I, el centro, con intensa actividad comercial; II, la zona con viviendas precarias y ocupadas por recién llegados; III, la zona ocupada por los operarios; IV, la zona residencial, y V, la zona suburbana o de traslados. Señala que la zona de desorganización permanente era la I, debido a la continua invasión de inmigrantes que pronto pasaban a la III³⁵.

Los estudios realizados por la Escuela de Chicago se centraron en las zonas descritas. Según el pensamiento de aquellos autores, desde los problemas sociales, psicológicos, de salud pública hasta criminales estaban relacionados con la distribución de la población en esas zonas. Identificaron zonas de delincuencia, secciones de la ciudad con los índices de criminalidad más pronunciados, que relacionaron con la degradación física, la segregación económica, étnica y racial, las enfermedades, etc. Los estudios estadísticos de miles de casos, a través de encuestas sociales, pudieron demostrar que la delincuencia se correlacionaba con el lugar donde vivía la gente en las cinco zonas concéntricas. Era mayor en las zonas de degradación próximas a la zona comercial y menor en las zonas residenciales exteriores de la ciudad³⁶.

Es importante señalar que la Escuela de Chicago ofrecía una explicación reducida de la delincuencia, ya que no consiguió explicar los delitos que se producían fuera de las zonas desorganizadas. Sin embargo, estableció algunas propuestas significativas para el control de la delincuencia en ese contexto, entre ellas las sugeridas por SHAW y MCKAY, citadas por SHECAIRA³⁷, donde explicaban que la reducción de la delincuencia solo se produciría con la necesaria macrointervención de la comunidad, es decir, instituciones locales, grupos, iglesias, escuelas, asociaciones de vecinos para evitar la desorganización social con el fin de hacer esfuerzos para establecer la solidaridad social y acercar a la comunidad al control de la delincuencia. Además, destacaron que se debía trabajar en la mejora de las viviendas, la conservación física de los edificios y la mejora de las condiciones de los barrios pobres de la ciudad (aspectos visuales), entre otras medidas de prevención de la delincuencia.

Por último, compartiendo la opinión de ZAFFARONI³⁸, puede decirse que, aun con sus limitaciones, la Escuela de Chicago representó un progreso notable, concretamente, por su antirracismo y por inaugurar una sociología criminal urbana razonable.

3.1.2 Teoría de la Asociación diferencial

En oposición a la tesis de la desorganización propuesta por la Escuela de Chicago, Edwin H. SUTHERLAND³⁹ (1883-1950), profesor de la Universidad de Indiana, afirmó que el delito es una conducta aprendida que se reproduce, como cualquier enseñanza, a través del contacto con definiciones favorables a la violación de la ley que predominan sobre las definiciones desfavorables a la violación de la ley, lo que denominó Asociación Diferencial.

³⁵ BURGESS *apud* ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 121.

³⁶ SHAW y MCKAY *apud* SHECAIRA, *op. cit.*, 2004, p. 168.

³⁷ *Ibid.*, p. 170.

³⁸ ZAFFARONI, **A questão criminal**, *op. cit.*, 2013, p. 121.

³⁹ SUTHERLAND *apud* ZAFFARONI, 2013, p. 122-123.

Edwin H. SUTHERLAND⁴⁰ contribuyó embrionariamente a la teoría de las subculturas criminales, especialmente con su análisis de las formas en que se aprende una conducta criminal y la dependencia de este aprendizaje de los diversos contactos diferenciales que el individuo tiene con otros individuos o grupos. Él pretendía explicar la delincuencia de forma más amplia que la Escuela de Chicago, porque la teoría ecológica solo explicaba los delitos de los pobres, mientras que Sutherland dejaba claro que la delincuencia atraviesa toda la escala social y que hay delitos, tanto de pobres, como de ricos y poderosos. Así, en 1949, Sutherland publicó un estudio sobre la delincuencia de cuello blanco (*White Collar Crime*), cuya dinámica no se había comprendido hasta entonces, razón por la cual, la única cara visible de los encarcelados ya no era la de los delincuentes menos pudientes.

BARATTA⁴¹ explica que la teoría de la asociación diferencial se aplicó, en particular, a la delincuencia de cuello blanco, donde Sutherland desarrolló una crítica radical de las teorías generales del comportamiento delictivo, basadas en condiciones económicas (pobreza), psicopatológicas o sociopatológicas. Para SUTHERLAND, citado por BARATTA⁴², estas generalizaciones eran erróneas por tres razones. En primer lugar, porque se basan en un falso registro criminal, en el que la delincuencia de cuello blanco está menos que desatendida (como demuestra Sutherland, con datos empíricos, de las enormes proporciones de este fenómeno en la sociedad estadounidense). En segundo lugar, las teorías generales del comportamiento delictivo no explican correctamente la delincuencia de cuello blanco que, salvo raras excepciones, procede de quienes no son pobres, no crecieron en barrios marginales, no proceden de familias desestructuradas y no son débiles mentales o psicopatológicos. En tercer lugar, los factores sociológicos y psicopatológicos de estas generalizaciones se han repetido - aunque sin duda están relacionados con la aparición de la delincuencia - explicando solo las características de la criminalidad de quienes pertenecen a los estratos más bajos. En definitiva, estos factores específicos no encajaban en una teoría general capaz de explicar, tanto la criminalidad de los estratos “bajos”, como la delincuencia de cuello blanco.

Así, según el pensamiento de la Asociación Diferencial, se pueden extraer las siguientes afirmaciones que inclinan a los individuos a delinquir: a) la conducta delictiva se aprende; b) la conducta delictiva se aprende, a través de un proceso de comunicación; c) la parte decisiva del proceso de aprendizaje tiene lugar en el seno de las relaciones más íntimas; d) el aprendizaje incluye la técnica de comisión del delito; e) la dirección delictiva se aprende a partir de definiciones favorables o desfavorables a los códigos legales; f) la persona se convierte en delincuente cuando las definiciones favorables a la violación de la norma superan a las desfavorables; g) las asociaciones varían en frecuencia, duración, prioridad e intensidad con la que el delincuente se enfrenta al acto desviado; h) el conflicto cultural es una causa fundamental de la asociación diferencial, la cultura criminal es tan real como la cultura legal y prevalece en muchas circunstancias; i) la desorganización social es una causa básica del comportamiento criminal sistemático, la pérdida de arraigo personal y la falta de control social informal hacen que el individuo se incline a cometer el acto criminal⁴³.

⁴⁰ SUTHERLAND *apud* ZAFFARONI, 2013, p. 123.

⁴¹ BARATTA, **Criminología crítica**, *op. cit.*, 2004, p. 68.

⁴² SUTHERLAND *apud* BARATTA, *op. cit.*, 2004, p. 69.

⁴³ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 197-199.

Por otra parte, SUTHERLAND⁴⁴, al exponer en su tesis sobre la delincuencia de cuello blanco, destacó tres aspectos esenciales de esta modalidad delictiva: (I) el estatus del “hombre de negocios”, que le confiere cierta respetabilidad en la sociedad, por lo que no es visto como un delincuente; (II) la tendencia a no castigar este tipo de delitos desde el punto de vista penal; y (III) la falta de crítica y comprensión por parte de la sociedad de los efectos generados por la delincuencia de cuello blanco, ya que el ciudadano de a pie no capta la esencia nociva de estos delitos.

Finalmente, considerando estos aspectos, la consecuencia es la enorme dificultad para descubrir estos delitos y sancionarlos. Sin embargo, si analizamos las matrices de la criminología del conflicto con el pensamiento de Sutherland sobre la delincuencia de cuello blanco, podemos concluir que muchas de las ideas que actualmente se defienden surgen embrionariamente de su teoría. En efecto, el interés por proteger derechos difusos y colectivos, el cambio en la responsabilidad penal, la preponderancia de los valores públicos sobre los privados - aspectos de la sociedad del riesgo - son algunas de las características y cambios resultantes de este proceso.

3.1.3 Teoría de la Subcultura Delictiva

La asociación diferencial, como explica ZAFFARONI⁴⁵, llevó a otros sociólogos a repensar el origen de la delincuencia. Autores como CLOWARD y OHLIN, estudiando bandas y pandillas, afirmaron que a partir de estos grupos se formaron subculturas, donde los que tienen menos oportunidades sociales se agrupan y experimentan un aprendizaje diferencial para delinquir. En otras palabras, las condiciones sociales desfavorables llevarían a la marginalización y esta favorecería las agrupaciones de personas similares con definiciones favorables a la comisión de delitos, lo que se conoce como variable cultural o subcultural. La teoría subcultural presupone, por lo tanto, la existencia de una cultura dominante, lo que no es fácil en sociedades plurales y menos cuando las condiciones sociales desfavorables son mayoritarias, como ocurre en muchos países marginalizados.

Se destaca que Albert K. COHEN (1955) fue quien estableció la idea de subcultura delincuente en la literatura criminológica con su obra *Delinquent boys*. COHEN, citado por ZAFFARONI⁴⁶, propuso la teoría de la subcultura delictiva, afirmando que los niños y jóvenes de clases desfavorecidas, al no encajar en la cultura de clase media que se les enseñaba en las escuelas, reaccionaban rechazándola e invirtiendo los valores de la cultura dominante. En otras palabras, la subcultura delictiva surge cuando individuos desfavorecidos se unen para delinquir, siguiendo un patrón de valores diferentes dentro de una cultura dominante establecida.

En este sentido, SHECAIRA⁴⁷ subraya que la rebelión en la sociedad moderna, especialmente entre los jóvenes, es más pronunciada en la adolescencia. En determinadas condiciones de inseguridad y falta de creencias morales, esta rebeldía juvenil induce a algunas personas a cometer actos de

⁴⁴ SUTHERLAND *apud* SHECAIRA, 2004, *loc. cit.*

⁴⁵ ZAFFARONI, A **questão criminal**, *op. cit.*, 2013, p. 123-124.

⁴⁶ COHEN *apud* ZAFFARONI, 2013, p. 124.

⁴⁷ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 251.

vandalismo y rebeldía. Un encuentro casual en la calle, la rebelión contra las organizaciones convencionales, la combinación de personas dentro de un grupo en la lucha por el territorio contra otros grupos, la unión de estudiantes ociosos puede dar lugar a la organización de un grupo subcultural juvenil.

Para COHEN⁴⁸, la idea de cultura está vinculada a los conocimientos, creencias, valores, códigos, gustos y prejuicios que son tradicionales en los grupos sociales y que se adquieren a través de la participación en dichos grupos. La subcultura, por su parte, se define como una subdivisión dentro de esta cultura dominante, que tiene sus propias normas, valores y sistema de credibilidad. Sin embargo, cabe señalar que las subculturas aceptan ciertos aspectos de los sistemas de valores imperantes, incluso con sentimientos y creencias propias de su grupo, lo que la diferencia de la contracultura, ya que esta última se caracteriza por un conjunto de valores y pautas de comportamiento que contradicen directamente los de la sociedad dominante. Así pues, para distinguir entre estas dos formas de cultura, basta con señalar que los grupos subculturales se apartan de la sociedad convencional (por ejemplo, *punks*, *skinheads*, etc.), mientras que los grupos contraculturales son contestatarios y controladores (por ejemplo, *hippies*, *beatniks*, etc.)⁴⁹.

Además, GARCÍA-PABLO⁵⁰ enseña que la conducta delictiva para las teorías subculturales - a diferencia de las ecológicas - no sería producto de la “desorganización social”, sino reflejo y expresión de otros sistemas de normas y valores distintos: los “subculturales”. De este modo, tanto las conductas correctas y adecuadas al Derecho, como las irregulares o delictivas, se definirían en relación con los respectivos sistemas de normas y valores oficiales y subculturales, es decir, tendrían una estructura y significado muy similares, ya que el autor (delincuente o no delincuente) reflexiona sobre el grado de aceptación e interiorización de los valores de la cultura o subcultura a la que pertenece, y ello no por decisión propia, sino porque los valores son interiorizados - reforzados y transmitidos, a través de idénticos mecanismos de aprendizaje y socialización, tanto en el caso de las conductas legales como en el de las ilegales.

Por último, cuando analizamos el tema en la actualidad, vemos que la globalización, como proceso acelerado de cambio, ha creado un nuevo paradigma para la sociedad, poniendo en el orden del día los debates sociales y culturales desde una perspectiva transnacional. La sociedad contemporánea cuenta con un volumen de información nunca antes visto; las comunicaciones se ponen al servicio de empresas multinacionales y grupos dominantes que manipulan las conciencias de las personas hasta el punto de establecer una cultura de masas acorde con los intereses del mercado. Además, este mismo mecanismo de comunicación también establece la multidimensionalidad de las subculturas, como se puede ver en los movimientos *Hipsters*, *Normcore* y *Afropunks* como difusores de consumos y comportamientos.

3.1.4 Teoría de la Anomía

La teoría estructural-funcionalista de la Anomía fue introducida por los trabajos clásicos

⁴⁸ COHEN *apud* SHECAIRA, 2004, p. 245.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 246.

⁵⁰ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Criminologia. Uma introdução a seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 220.

de Emilio DURKHEIM y desarrollada por Robert K. MERTON, constituyendo la primera alternativa clásica a la concepción de los caracteres biopsicológicos diferenciales del delincuente y, consecuentemente, a la variante positivista del principio del bien y del mal. En este sentido, el origen de la Teoría de la Anomia es la revisión crítica de la criminología con una orientación biológica y caracterológica, es decir, el origen de una dirección alternativa que caracterizará las teorías criminológicas posteriores, aunque compartan la idea positivista de la criminología como búsqueda de las causas del delito⁵¹.

Según BARATTA⁵², de la Teoría de la Anomia se extraen los siguientes aportes: 1) Las causas del desvío no deben buscarse en factores biológicos y naturales (clima, raza, etc.), ni en una situación patológica de la estructura social; 2) El desvío es un fenómeno normal de cualquier estructura social y 3) Solo cuando se sobrepasan ciertos límites, el fenómeno del desvío es negativo para la existencia y desarrollo de la estructura social. La anomia se caracteriza cuando el desvío va acompañado de un estado de desorganización, en el que todo el sistema de reglas de conducta pierde valor. Así pues, dentro de sus límites funcionales, el comportamiento desviante es un factor necesario y útil para el equilibrio y el desarrollo sociocultural.

En esta línea, Emile DURKHEIM, en su obra *Les règles de la méthode sociologique* (1895), explica que la anomia es la ausencia de normas sociales de referencia que provoca una crisis de valores sociales, produciendo una situación de escasa cohesión social que hiere la conciencia colectiva o común. En cuanto a la delincuencia, DURKHEIM⁵³ la considera un fenómeno normal y necesario de toda la estructura social, convirtiéndose en negativa cuando sobrepasa ciertos límites, afectando a la existencia y al desarrollo de dicha estructura. También subraya que el hecho delictivo solo es relevante cuando afecta a la conciencia colectiva de la sociedad, por lo que el delito es simplemente un acto prohibido por la conciencia colectiva y el delincuente es alguien que, en una sociedad determinada, no ha obedecido las normas de esa colectividad. De esta lógica se deduce que la función del castigo, para DURKHEIM, es satisfacer la conciencia común lesionada por uno de los miembros de la colectividad⁵⁴.

Por otro lado, Robert King MERTON, en su obra *Social theory and social structure* (1949), retoma la idea de anomia con gran énfasis, para demostrar cómo algunas estructuras sociales ejercen una presión definitiva sobre determinadas personas de la sociedad para que sigan un comportamiento no conformista, en lugar de seguir los valores culturales y socialmente aprobados.

Para Robert MERTON, citado por ZAFFARONI⁵⁵, el delito es el resultado de una desproporción entre los objetivos sociales y los medios para alcanzarlos. El autor explica que si el objetivo social es la riqueza y los medios para alcanzarla son pocos, habrá tensiones porque no todos alcanzarán la meta del éxito. La anomia, según MERTON⁵⁶, es el desajuste entre los fines culturales (objetivos de éxito) y los medios institucionales (medios disponibles). Cuando los medios no satisfacen las expectativas de la sociedad, surge el delito como oportunidad para alcanzar el ansiado objetivo.

⁵¹ BARATTA, **Criminología crítica**, *op. cit.*, 2004, p. 56.

⁵² *Ibid.*, p. 56-57.

⁵³ DURKHEIM *apud* SHECAIRA, *op. cit.*, p. 216.

⁵⁴ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 219.

⁵⁵ MERTON *apud* ZAFFARONI, 2013, p. 127.

⁵⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

Por supuesto, no todos los que caen fuera de la meta social cometen un delito, por eso MERTON⁵⁷ afirma que hay cinco tipos diferentes de adaptación individual, según acepten o rechacen las metas o los medios institucionales: 1) Conformismo: hay conformidad, tanto con las metas culturales, como con los medios institucionalizados; 2) Ritualismo: corresponde al respeto formal de los medios institucionales, pero renuncia a las metas culturales; 3) Retraimiento (apatía): renuncia tanto a las metas culturales, como a los medios institucionales, por ejemplo: mendigos, alcohólicos y drogadictos. 4) Innovación: actúa de forma innovadora - legalmente prohibida - rechazando los medios institucionales para alcanzar sus metas, esto es la delincuencia en sí misma; y 5) Rebelión: rechaza los patrones vigentes, proponiendo nuevas metas y nuevos medios institucionales⁵⁸.

Finalmente, compartiendo la idea de ZAFFARONI⁵⁹, la tesis de MERTON no alcanzó algunos paradigmas como la explicación de la delincuencia de cuello blanco, la delincuencia de grupo y, sobre todo, la dificultad de definir metas comunes en sociedades plurales. En cualquier caso, la idea de la delincuencia como fenómeno normal no es necesariamente mala, ya que ayuda a la sociedad a establecer su propia identidad en torno a determinados valores, permitiéndole definir, con mayor precisión, su orden moral (la llamada conciencia colectiva).

3.2 Teorías del Conflicto

Para las Teorías del Conflicto, el orden en la sociedad se basa en la fuerza y la coacción, es decir, en la dominación de unos y la obediencia de otros. Esta es la base de las teorías más críticas y radicales, según las cuales no hay acuerdo sobre los valores.

3.2.1 Teoría del etiquetamiento (Labelling Approach)

El movimiento criminológico *Labelling Approach*, surgido en los años 60, es el verdadero hito de la llamada Teoría del Conflicto. Esta época marca un período sucesivo de relaciones críticas con intensas y extensas áreas de conflicto cultural y social en América. En los años 50, tras la Segunda Guerra Mundial, se produjo un cierto sentimiento de insatisfacción entre los jóvenes que empezaron a buscar emociones diferentes, nuevas sensaciones, en definitiva, la verdadera libertad. Estos jóvenes formaron parte de la generación *beat*, más tarde llamados los *Beatniks*⁶⁰.

Siguiendo a los *Beatniks*, con raíces en Nueva York, el Movimiento *Hippie* se extendió por Estados Unidos con la idea de cambiar la sociedad moderna, acabar con la pobreza, el racismo, la contaminación atmosférica y, sobre todo, en clara protesta contra la guerra de Vietnam. En 1969, dos acontecimientos marcaron el movimiento *Hippie*, el *People's Park* - Parque del Pueblo - terreno ocupado en la Universidad de Berkeley y convertido en parque (posteriormente destruido por el Gobernador de

⁵⁷ MERTON apud SHECAIRA, 2004, p. 225.

⁵⁸ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 228.

⁵⁹ ZAFFARONI, **A questão criminal**, *op. cit.*, 2013, p. 127.

⁶⁰ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 269-273.

California utilizando la fuerza policial) y el Festival de Rock *Woodstock* con el lema: “tres días de paz y música”, que reunió a miles de personas en oposición al ideal del *American Way of Life*⁶¹.

A estos movimientos contraculturales se sumó la Marcha sobre Washington en 1963, liderada por Martin Luther King, que reunió a más de doscientas cincuenta mil personas, blancas y negras, pronunciando uno de los discursos más notables de protesta por la justicia racial contra el *American Way of Life: I have a dream*, cuestionando la esencia misma del sueño americano de ascenso social, supuestamente igualitario y al alcance de todos⁶².

Al analizar estos conflictos surgidos a finales del milenio pasado, las cuestiones centrales del pensamiento criminológico a partir de ese momento histórico dejaron de referirse al crimen y a los criminales, para pasar a reflexionar sobre el sistema de control social y sus consecuencias.

Para BARATTA⁶³, esta dirección de investigación considera que es imposible comprender el crimen si no se estudia la acción desde el punto de vista del sistema penal que lo define, comenzando por las normas abstractas y terminando por las instancias oficiales de control (policía, jueces, instituciones penitenciarias, etc.). En este sentido, la condición social del delincuente presupone, por lo tanto, el efecto de la actividad de las instancias oficiales de control de la delincuencia. Si el individuo no ha sido alcanzado por la acción de estas instancias, no será considerado por la sociedad como un “delincuente” y no será tratado como tal. Así pues, el enfoque del etiquetado se ocupa de las reacciones de las instancias oficiales de control social, consideradas en su función constitutiva en relación con la delincuencia.

Basándose en el Interaccionismo Simbólico, como rama de la sociología y la psicología social que se centra en los procesos de interacción, Erving GOFFMAN - citado por ZAFFARONI⁶⁴ - analizó las instituciones totales, que son aquellas en las que una persona desarrolla toda su actividad vital, desde que se levanta hasta que se acuesta, ya sean instituciones mentales, prisiones, internados, asilos, etc. La investigación concluyó que los círculos separados de trabajo, diversión y descanso se unifican y no existen esferas separadas de la vida, por lo que se produce una desculturización, ya que la persona es invadida y controlada en sus actos más íntimos.

Utilizando este recurso metodológico, Edwin LEMERT, en 1950, definió el concepto de criminalización primaria, de la cual se impone una pena, y el concepto de criminalización secundaria, provocada por la misma intervención punitiva, pero con un resultado diferente: las llamadas carreras delictivas. ZAFFARONI⁶⁵ explica que LEIMERT sostuvo que el desvío secundario constituye una conducta desviada o roles sociales basados en ella que se convierten en medios de defensa, ataque o adaptación a los problemas, manifiestos u ocultos, creados por la reacción de la sociedad al desvío primario. En efecto, las “causas” originales del desvío desaparecen y dejan paso a la importancia central de las reacciones de desaprobación, degradación y aislamiento por parte de la sociedad. En resumen, la teoría de LEMERT se ocupaba de dos problemas principales sobre la delincuencia: el primero es “cómo surge la conducta desviada”; y el segundo, “cómo se vinculan simbólicamente los actos desviados y cuáles son las consecuencias

⁶¹ *Ibid.*, p. 277.

⁶² *Ibid.*, p. 280-281.

⁶³ BARATTA, **Criminología crítica**, *op. cit.*, 2004, p. 84.

⁶⁴ ZAFFARONI, **A questão criminal**, *op. cit.*, 2013, p. 138.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 137.

efectivas de este vínculo para las desviaciones posteriores por parte de la persona”⁶⁶.

Dentro de esta corriente del interaccionismo simbólico, Howard S. BECKER, en su libro *Outsiders* (1963), fue el primero en profundizar en la problemática de las conductas desviadas. Se puede decir que un *outsider* es una persona que no es aceptada como miembro de una sociedad, un grupo, un club, etc. Para BECKER⁶⁷, la conducta desviante tiene su origen en la sociedad. Para ello, los grupos sociales crean la desviación estableciendo normas, cuya infracción constituye la propia desviación, y mediante la aplicación de estas normas hay personas concretas que son etiquetadas como *outsiders*. En este sentido, el desvío no es una cualidad del acto que comete la persona, sino la consecuencia de aplicar las normas y sanciones al infractor. Por lo tanto, el desviado es alguien a quien se le ha aplicado con éxito la etiqueta social de delincuente, los comportamientos desviados son los que la gente de una comunidad determinada aplica con una etiqueta a quien comete un acto concreto. Las definiciones de los actos desviados son relativas, ya que es lo mismo el comportamiento que permite enviar a alguien a la cárcel que el que permite etiquetar a otra persona como honesta, ya que la atribución de valor al acto depende de las circunstancias en que se produce y del temperamento y la apreciación del público que lo presencia.

Con respecto al etiquetado, SHECAIRA⁶⁸ explica que una vez que el acto es considerado desviado, surge una nueva relación a partir de la reacción social, que es un cambio en la identidad personal del individuo en la sociedad. Surge un nuevo estatus que revela al agente desviado como alguien que supuestamente debería ser. Para ser etiquetado como delincuente, solo tiene que cometer una única ofensa criminal y eso se convertirá en todo lo que lo estigmatiza. El delincuente que ya ha pasado a la fase de desviación secundaria, es una persona cuya identidad ya está estructurada en torno a la desviación, es decir, después de haber sido estigmatizado, el agente desviado se asume como tal.

En conclusión, de acuerdo con la concepción de BARATTA⁶⁹, las teorías del etiquetamiento basadas en la distinción entre desvío primario y desvío secundario acaban por no tener en cuenta la estigmatización provocada por el desvío primario como causa que también tiene sus efectos específicos sobre la identidad social y la autodefinición de las personas que son objeto de la reacción social. Además, las teorías del *Labelling Approach* demuestran que la intervención del sistema penal, y especialmente las penas privativas de libertad, en lugar de tener un efecto reeducador sobre el delincuente, la mayoría de las veces, determinan una consolidación de la identidad desviada del convicto y a su entrada en una carrera delictiva organizada.

3.2.2 Criminología crítica

La Teoría Crítica, también denominada por muchos Radical, tiene sus orígenes en el libro “Punición y Estructura Social” (1939) de Georg RUSCHE y Otto KIRCHHEIMER en el Instituto de Investigación Social de Frankfurt. La obra se publicó en Nueva York debido a la persecución nazi de los

⁶⁶ BARATTA, *Criminología crítica*, op. cit., 2004, p. 89.

⁶⁷ BECKER *apud* SHECAIRA, 2004, p. 290.

⁶⁸ SHECAIRA, op. cit., p. 292-294.

⁶⁹ BARATTA, op. cit., p. 89-90.

autores. En aquella época, la influencia marxista era aún notable, por lo que las ideas de los autores se basaban en el razonamiento del pensador alemán, que relacionaba las manifestaciones superestructurales como consecuencia lógica de la forma de producción. En el libro se desnuda con precisión la historia de las penas, mostrando la interrelación entre los mecanismos punitivos y la forma de producción y venta de mercancías. Por eso, la prisión se vincula al surgimiento del capitalismo mercantil, y se demuestra la abolición de las formas punitivas que implicaban el sacrificio del cuerpo de los criminales por la disciplina del trabajo con intereses económicos⁷⁰.

A partir de los años 70, retomando la idea del libro de RUSCHE y KIRCHHEIMER, muchos autores, en Estados Unidos e Inglaterra, empezaron a reescribir la criminología con un sesgo etiológico, lo que se llamaría Nueva Criminología, Criminología Radical o Criminología Crítica. Los dos primeros movimientos de este renacimiento fueron: la Universidad de Berkeley (California, EEUU) con la escuela criminológica *Union of Radical Criminologists* (URC), con gran influencia de H.J. Schwendinger y T. Platt; y el movimiento inglés organizado en torno a la *National Deviance Conference* (NDC), encabezado por I. TAYLOR, P. WALTON y J. YOUNG, autores de los libros más conocidos sobre el tema *The new criminology: for a social theory of deviance*, 1973, y *Critical criminology*, 1975. Los movimientos de Berkeley surgieron como reacción a los objetivos básicos de la escuela criminológica, que consistían en formar técnicos y profesionales para luchar contra la delincuencia. El movimiento inglés, por su parte, partió de la premisa de que las desigualdades sociales de riqueza y poder debían ser abolidas, afirmando que la solución al problema de la delincuencia depende de la eliminación de la explotación económica y de la opresión política de clase⁷¹.

ZAFFARONI⁷² explica que la criminología crítica dio lugar a la creación, tanto en Europa, como en América, de grupos de estudio que reunían a criminólogos de esta tendencia y, en algunos países, a críticos en general. Desde esta perspectiva, se perfilan algunas corrientes de la teoría crítica: el Abolicionismo, el Minimalismo y el Neorrealismo de izquierda.

La corriente abolicionista, que se extendió por Europa a partir de Escandinavia, surgió con movimientos y organizaciones preocupados con los derechos de los presos, teorizando y postulando inicialmente la abolición de la prisión y, más tarde, de todo el sistema penal. Según ZAFFARONI⁷³, el abolicionismo de los años 70 también se vio influido por la obra de Michel FOUCAULT, que no se autodenominaba abolicionista, pero cuya obra *Vigilar y Castigar* (1975) abrió el camino a esta corriente de criminología radical al analizar el poder punitivo en el que el encarcelamiento de personas de estratos inferiores, siguiendo el modelo del panóptico, se extiende a toda la sociedad en forma de vigilancia.

El abolicionismo critica duramente el sistema punitivo, afirmando que el sistema penal - como una instancia selectiva y elitista - solo ha servido para legitimar y reproducir las desigualdades e injusticias sociales. Para ello, el abolicionismo siguió tres corrientes ideológicas distintas: anarquista, marxista y liberal. Para la visión anarquista, la preocupación radica en la pérdida de libertad y autonomía del individuo por obra del Estado, siendo el sistema penal una de las instituciones que colonizan el mundo vital

⁷⁰ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 322.

⁷¹ *Ibid.*, p. 323.

⁷² ZAFFARONI, **A questão criminal**, *op. cit.*, 2013, p. 149.

⁷³ *Ibid.*, p. 146-151.

del hombre, impidiendo su plena felicidad, por lo que predicán su abolición⁷⁴. En cuanto a la visión marxista del abolicionismo, que no difiere mucho del pensamiento marxista en general, el sistema penal es visto como un instrumento represivo y como una forma de ocultar los conflictos sociales, siendo las cárceles un mero instrumento de acción política contra las clases más pobres. La matriz liberal, por otro lado, se basa en examinar el concepto de solidaridad orgánica; así, en oposición al sistema anómico construido por las sociedades represivas, se crearía un sistema eunómico, en el que los hombres lidiarían con sus propios conflictos⁷⁵.

Entre los principales teóricos del abolicionismo penal se encuentran Louk HULSMAN, profesor emérito de la Universidad de Rotterdam, con su obra escrita en colaboración con Jacqueline Bernat de CELIS, *Peines perdues, Le Système penal en question* (París, 1982), en la que destaca la irracionalidad del poder punitivo y, en cierto modo, su derivación teológica, abogando por controles sociales no penales para resolver los conflictos; Nils CHRISTIE, con su obra más conocida *Los límites del dolor* (1981), cuya tesis central es que el poder punitivo inflige dolor intencionadamente y, por lo tanto, postula alternativas y no meras limitaciones, defendiendo la justicia restaurativa como fuente de resolución de conflictos; y, por último, hay que tener en cuenta la publicación de la entonces innovadora obra de Thomas MATHIESEN, titulada *The politics of abolition: essays in political action theory* (1971) que lanzó, a través de diversos ensayos, importantes contribuciones al pensamiento abolicionista sin abogar por la abolición del sistema penal en su totalidad, ya que apoyaba la posibilidad de encarcelar a algunos individuos, siendo el castigo, por tanto, una necesidad innegable en algunas hipótesis⁷⁶.

Estas posiciones, que exigen cambios sociales y civilizatorios profundos, tienen el inconveniente de que es muy difícil dar respuestas concretas a problemas urgentes, lo que no es funcional en una sociedad en la que la violencia del poder punitivo es muy elevada o, al menos, constituye una amenaza constante. No obstante, han surgido otras propuestas menos radicales e incluso críticas con el abolicionismo, ya que no postulan la abolición del sistema penal, sino su reducción. Es lo que se conoce como Minimalismo Penal, cuyos autores más conocidos, aunque por diferentes vías, son Alessandro BARATTA, Luigi FERRAJOLI, Massimo PAVARINI, entre otros⁷⁷.

Con respecto al minimalismo, BARATTA⁷⁸ enseña que, en una política criminal alternativa, el momento penal solo puede desempeñar un papel relativo y en ciertos casos "provisorio". La relativización del Derecho penal como técnica de construcción y resolución de los problemas sociales significa, ante todo, su integración en una perspectiva extrapenal más compleja de reconstrucción de los problemas, con vistas a una respuesta adecuada y orgánica a ellos. Para esto, deben ser considerados los efectos deletéreos y los costos sociales de la sanción, evaluados a la luz de un control empírico de su eficacia, como exigencia de una política de descriminalización, desde una perspectiva más amplia y adecuada de los problemas sociales y de los deberes institucionales.

Para el minimalismo, la función natural del sistema penal es preservar y reproducir la

⁷⁴ *Ibid.*, p. 342.

⁷⁵ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 343.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 152-153.

⁷⁷ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 155.

⁷⁸ BARATTA, *Criminología crítica*, *op. cit.*, 2004, p. 239.

realidad social existente. Una política de transformación de esta realidad, una estrategia alternativa basada en la afirmación de los valores y garantías constitucionales, un proyecto político alternativo y autónomo de los sectores populares, no puede considerar al Derecho penal como un frente de avanzada, como un instrumento que impulse el desarrollo. En este sentido, abogan por la contención y reducción de su campo tradicional de intervención y, sobre todo, de sus efectos negativos y costes sociales, que pesan especialmente sobre los sectores débiles y marginados de la sociedad que contribuyen a su debilitamiento material y político⁷⁹.

Además, los minimalistas defienden un nuevo Derecho penal mediante la consagración de ciertos principios con los que se garantizarían los derechos humanos fundamentales. Estos principios podrían tener como objetivo la criminalización primaria y servir, también, para contener la violencia de los organismos de control. Para ello se reconocería un enfoque minimizador, basado en tres postulados: el carácter fragmentario del Derecho penal, la intervención punitiva como *ultima ratio* y la reafirmación de naturaleza accesoria del Derecho penal.

Luigi FERRAJOLI⁸⁰, oponiéndose al programa abolicionista, propone una reforma a realizar bajo la bandera de la intervención penal mínima, en el sentido de afirmar los derechos humanos de los menos favorecidos, defendiendo la instrumentalidad del sistema penal para este fin. Para el autor, el Estado, al monopolizar la fuerza y excluir su ejercicio arbitrario por personas no autorizadas, puede proteger a los acusados y a los inocentes sospechosos de delitos de venganzas o reacciones arbitrarias, públicas o privadas, y también puede proteger a los potenciales ofendidos de delitos mediante la prohibición penal y las amenazas. Los dos fines preventivos - prevenir delitos y penas arbitrarias - se conectan entre sí para construir el fundamento legitimador del sistema, ya que afirman la necesidad política del Derecho penal, como instrumento de protección de los derechos fundamentales.

Por último, la idea del Minimalismo penal debe ir acompañada de una movilización política y cultural que haga de la cuestión criminal un asunto político crucial interpretado a la luz de los conflictos que caracterizan a la sociedad en general⁸¹.

Otra corriente de la teoría crítica es el llamado Neorrealismo de izquierda, que se denomina realismo para oponerse al idealismo, término utilizado por los representantes de las tendencias críticas en general. Se denomina de izquierda para diferenciarlo del movimiento realista de derecha que, tanto en Estados Unidos, como en Inglaterra, a principios de los ochenta, exigía más represión contra la delincuencia de masas y las minorías étnicas. Este neoconservadurismo, reflejo de la sociedad del riesgo, dio lugar a una serie de teorías de control (*Law and Order Movement*), que se tratarán más adelante.

Según ZAFFARONI⁸², en 1973, Jock YOUNG intentó un reposicionamiento radical de los estudios criminológicos, desde una perspectiva marxista. Sin embargo, no fue hasta principios de la década de 1990 cuando YOUNG, junto con John LEA, Richard KINSEY y Roger MATTHEWS, establecieron una

⁷⁹ *Ibid.*, p. 240.

⁸⁰ FERRAJOLI, *op. cit.*, 2002, p. 259 *et seq.*

⁸¹ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 340.

⁸² ZAFFARONI, **A questão criminal**, *op. cit.*, 2013, p. 163.

posición que denominaron Realismo de Izquierda. Para ello, YOUNG, citado por ALLER⁸³, reconoció que el idealismo de izquierdas no había aportado soluciones a los problemas planteados y que, de hecho, el problema había superado con creces el ámbito de un campo científico como la Criminología. Por ello, los autores de este frente criminológico apoyaron la idea de “tomar en serio la delincuencia” como un fenómeno real que, por lo general, no representa una protesta social, ya que las víctimas pertenecen a los sectores más bajos de la sociedad.

Los realistas de izquierda abogan, entre otras cosas, por retomar el estudio de la etiología del delito, priorizando los estudios victimológicos; afirman que el olvido de estos temas, por parte de la teoría crítica, es perjudicial para el debate. Sostienen que muchos pensadores críticos se han dedicado más a la economía política y a la teoría del Estado que a la criminología⁸⁴ misma.

En este orden de ideas, LEA y YOUNG⁸⁵ explican que el fenómeno delictivo golpea con mayor fuerza a los sectores menos favorecidos y marginados, generando una doble victimización, ya que aquellas personas que conforman los sectores suburbanos de la sociedad sufren la victimización social y económica propia de la marginación y la exclusión, y además padecen la delincuencia sin tener siquiera las mismas posibilidades de defensa o acceso a la justicia, ya que no se encuentran en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos que conforman las capas altas de la sociedad.

Cabe señalar que, para el realismo de izquierdas, la pobreza no es el único factor de delincuencia, sino que debe añadirse al individualismo, la competencia desenfrenada, el consumo excesivo, la discriminación sexual y el racismo. En cuanto a la víctima, como ya hemos visto, las personas que más sufren la delincuencia - los desposeídos - son las que están en el punto de mira. Así pues, la delincuencia como problema real es un fenómeno intraclase y no interclase, que produce una división en el seno de las clases menos favorecidas y hace olvidar al verdadero enemigo, a saber, la sociedad capitalista⁸⁶.

Los realistas de izquierdas tienen razón al caracterizar la delincuencia como un problema real más allá de las ideologías, los gobiernos y las condiciones socioeconómicas. Según los realistas, la delincuencia es la punta del iceberg, que muestra el extremo visible de una realidad más profunda y mucho más elevada que está sumergida. Además, en términos de orden y justicia, los realistas de izquierdas han marcado la diferencia con los realistas de derechas o liberales, optando por la prevalencia de la justicia sobre el orden. Hay que destacar que esta discusión no tiene solución, porque la justicia sin orden sería una especie de abstracción difícilmente realizable, al igual que el orden sin justicia sería autoritarismo jurídico, por lo que ambos se complementan como garantía y mantenimiento del Estado de Derecho⁸⁷.

Por último, los criminólogos del realismo de izquierdas proponen una nueva forma de intervención policial y de respuesta estatal —frente a la política neutralizadora del realismo de derechas— con una organización democrática de la comunidad para contribuir a una lucha común contra la delincuencia. Por otro lado, también sugieren un enfoque reduccionista de la política criminal, despenalizando ciertas conductas y criminalizando otras en función de las nuevas demandas sociales.

⁸³ YOUNG *apud* ALLER, **Paradigmas de la Criminología**, *op. cit.*, 2010, p. 15.

⁸⁴ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 333.

⁸⁵ ALLER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁶ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 333.

⁸⁷ ALLER, **Paradigmas de la Criminología**, *op. cit.*, 2010, p. 16-17.

4 TEORÍAS DEL CONTROL

El final del siglo XX está marcado por el declive del poder político y el auge del poder económico transnacionalizado. El poder político nacional se reduce drásticamente y no puede hacer frente al conflicto generado por la exclusión y el desamparo del nuevo orden económico planetario. De hecho, el aumento de la delincuencia derivado de las desigualdades sociales creadas por el capitalismo ha llevado a una intensificación del punitivismo como instrumento de control social.

Para ello, en lo que se conoce como posmodernidad, el control de la delincuencia se ejerce sobre la base de instituciones policiales ostentosas, la certeza del castigo y la prevención. Así, el deseo de seguridad, orden y control dicta el ritmo de la administración del riesgo y la contingencia de las oportunidades que adopta la justicia penal. Este es el proceso dominante que ha regido las demandas de represión, a través de la imposición de todas las formas de control, ya sea de espacios, de situaciones, de gestión, social, de autocontrol, en fin, todo tipo de controles que determinan la existencia de regímenes cada vez más intensivos de regulación e inspección, lo que lleva a la sociedad a experimentar un proceso de cultura menos tolerante e inclusiva⁸⁸.

4.1 El Neorrealismo de derecha

Entre los años setenta y ochenta, el desarrollo del Estado neoliberal regido por una intervención mínima en la sociedad provocó un intenso y colectivo sentimiento de inseguridad. En este contexto, se produjo un aumento significativo de la delincuencia urbana, lo que exigió una intervención eficaz del Estado para controlar estas circunstancias.

ALLER⁸⁹ explica que en la década de 1970 surgió, en Estados Unidos, el Realismo Liberal, como resultado de las teorías previas de control social, destacándose el criminólogo James Wilson, quien en 1975 publicó la obra *Thinking about crime*; la cual argumentaba que era necesario reforzar la noción de “Ley y Orden”, ya que la policía era ineficiente y su interacción con la población debía cambiar; agregando que entre el orden y la justicia, debía prevalecer el orden, ya que por éste se obtendría la justicia.

Pues bien, la sociedad estaba experimentando un gran desarrollo económico durante este periodo, y en Estados Unidos e Inglaterra surgió un movimiento que buscaba más represión contra la delincuencia masiva y las minorías étnicas, conocido como neorrealismo de derechas. Este periodo estuvo marcado por los gobiernos de Reagan/Bush en Estados Unidos y Thatcher (seguida de John Major) en Inglaterra, donde el conservadurismo adoptó el conocido disfraz de *Law and Order Movement*. Los principales

⁸⁸ MONTEIRO, Marcos Antônio Melo. **A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Um estudo do controle do crime durante as décadas de 50 a 70 nos EUA.** Caderno de pós-graduação em direito: criminologia. Coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha, Otávio Binato Júnior. Brasília: UniCEUB: ICPD, 2016, p. 23 *et seq.*

⁸⁹ ALLER, **Paradigmas de la Criminología**, *op. cit.*, 2010, p. 10.

representantes de esta corriente son Van den HAAG, James WILSON, Edward BENFIELD, entre otros⁹⁰.

El *Law and Order Movement* puede resumirse con los siguientes ideales⁹¹: a) recomendación de penas más largas y duras, cuando no la propia pena capital; b) reducción del poder discrecional atribuido al tribunal, impidiendo, especialmente en la ejecución, la flexibilización de la ejecución de la pena privativa de libertad; c) ampliación de las medidas cautelares de detención contra delitos graves; d) rigor extremo en los regímenes de imposición de penas, desechando la idea central del pensamiento penal tradicional que preconiza la rehabilitación del condenado como uno de sus principales fines, entre otros.

4.2. Teoría de las ventanas rotas

Como hemos visto, James Wilson fue un influyente teórico de la ideología de la “Ley y el Orden”, y junto con George Kelling publicaron, en 1982, en la revista *Atlantic Monthly*, un artículo titulado *Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety* (Ventanas rotas. La Policía y la Seguridad del Barrio). La teoría de las ventanas rotas se basa en la experiencia del profesor de Stanford, Philip Zimbardo, que en 1969 llevó a cabo un experimento consistente en el abandono de dos coches similares en barrios cultural y económicamente distintos: el Bronx, en Nueva York, y Palo Alto, en California. Los vehículos fueron monitoreados por el equipo que realizaba la investigación, y se observó que el primero, en el Bronx, fue rápidamente destruido (se le retiraron todas sus piezas). El segundo vehículo, estacionado en Palo Alto, un barrio más rico y predominantemente blanco, permaneció intacto durante los primeros días. Tras la investigación, los investigadores causaron algunos daños al vehículo para deteriorarlo y dar la impresión de que estaba abandonado. Tras esta impresión, el coche quedó completamente dañado, al igual que el vehículo del Bronx. Además, los investigadores observaron que, en ambos barrios, las personas que dañaban los vehículos no eran vándalos o delincuentes, sino los propios residentes del barrio.

En este sentido, ALLER⁹² explica que Wilson y Kelling, analizando el trabajo de Zimbardo, evaluaron que aquellos objetos o bienes que son abandonados o desprotegidos llevan a las personas a asumir que los objetos están disponibles y, por lo tanto, dejados para otros. Además, los autores también tuvieron en cuenta los ejemplos de los institutos de educación secundaria estadounidenses, *High Schools*, donde existen disparidades en el mantenimiento de los edificios (unos bien mantenidos y otros mal mantenidos). En resumen, Wilson y Kelling llegaron a la conclusión de que los ciudadanos y las instituciones deben proteger lo que está bajo su cuidado y propiedad, pues de lo contrario lo que no esté protegido correrá el riesgo de ser rápidamente tomado o destruido por terceros. En consecuencia, las ventanas rotas de los centros de enseñanza secundaria deben repararse rápidamente, pues de lo contrario la gente puede llegar a la conclusión de que no importa si ese bien se conserva, o de que no existe protección, por lo que cualquiera puede hacer lo que quiera con ellas. Por otro lado, la protección y conservación de los bienes, por parte de sus propietarios, demuestra un interés en su preservación fáctica y jurídica, tendiente a

⁹⁰ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 330.

⁹¹ *Ibid.*, p. 331.

⁹² ALLER, **Paradigmas de la Criminología**, *op. cit.*, 2010, p. 11.

inhibir su apropiación o daño por terceros⁹³.

Según WACQUANT⁹⁴, la idea central de esta teoría es que, luchando paso a paso contra las pequeñas desviaciones cotidianas, se hace retroceder a las grandes patologías criminales. Así es como se combatirá con el máximo rigor a los grafiteros, drogadictos, etc.; se perseguirá a los sin techo, mendigos y vagabundos. Los daños públicos y privados serán ferozmente combatidos por los poderes públicos, frenando el miedo de las clases medias y altas mediante la persecución permanente de los pobres en los espacios públicos, calles, parques, estaciones de subterráneo, paradas de ómnibus, etc.

En definitiva, según la Teoría de las Ventanas Rotas, el verdadero culpable de la delincuencia es el individuo; las raíces o causas sociales del delito tienen un valor secundario, en efecto, se deja de lado la investigación de las causas sociales de la delincuencia para centrarse únicamente en el producto final, que sería el delincuente y el delito cometido. De la teoría de la ventana rota surgió la criticada política criminal de Tolerancia Cero.

4.3. Tolerancia cero

ALLER⁹⁵ explica que con el Realismo liberal o de derecha surgió una visión de corte administrativo del fenómeno delictivo, donde el campo de acción se limita a la delincuencia visible, es decir, a las cuestiones criminológicas cotidianas.

Además, la dinámica transformadora de la posmodernidad tuvo sus efectos más significativos en las décadas posteriores a los años sesenta, que coincidieron con un rápido y constante aumento del número de delitos registrados, con un incremento de los delitos contra la propiedad, las personas, los delitos sexuales y los relacionados con las drogas, es decir, los delitos materiales en general.

En este contexto, en 1993, Rudolph Giuliani se convirtió en alcalde de Nueva York y fue elegido gracias a una campaña basada en orientaciones de política policial y judicial para restablecer el orden y reducir la delincuencia. Para cumplir sus propuestas de campaña, el alcalde Giuliani contrató a William Bratton, responsable de la seguridad en el metro de Nueva York, para dirigir la policía de Nueva York. Así, con la coartada criminológica establecida por la Teoría de las Ventanas Rotas de Wilson y Kelling, surge la doctrina de la “Tolerancia Cero” contra todos los pequeños disturbios cotidianos de la calle: tráfico de drogas, apuestas, amenazas, suciedad, embriaguez, vagabundeo, etc.⁹⁶.

La política de “Tolerancia Cero” consistía en perseguir todos los delitos callejeros, fueran cuales fuesen, y aplicarles la pena más severa posible, investigando a fondo a los detenidos para descubrir otros comportamientos delictivos cometidos en las calles y barrios de la ciudad. Para ello se renovó el cuerpo de policía, jubilandos a los agentes más veteranos e incorporando a nuevos agentes con la ambición de hacer una carrera rápida y brillante. Bratton fue el principal responsable de aplicar la teoría de las ventanas rotas, que pretendía atajar los pequeños delitos que, en su opinión, afectaban negativamente a la calidad de vida de

⁹³ *Ibid.*, p. 12.

⁹⁴ WACQUANT, **As prisões da miséria**, *op. cit.*, 2004, p. 16 *et seq.*

⁹⁵ ALLER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁶ WACQUANT, **As prisões da miséria**, *op. cit.*, p. 15-17.

la población y contribuían a aumentar la delincuencia violenta. Sin embargo, para poner en práctica esta estrategia fue necesario aumentar los efectivos policiales, modernizar los equipos, delegar responsabilidades en los jefes de las comisarías y hacer un amplio uso de los recursos informáticos para controlar los índices de delincuencia⁹⁷.

En aquel momento, el presupuesto de la policía aumentó un 40% (cuarenta por ciento) en los cinco primeros años de aplicación de la política, es decir, cuatro veces más que la cantidad asignada a los hospitales públicos en el mismo periodo. El número de agentes de policía aumentó considerablemente (de 12.000 agentes a un total de más de 46.000 empleados en 1999), mientras que los servicios sociales se redujeron en un tercio, perdiendo 8.000 puestos de trabajo. Sin embargo, con la aplicación de la doctrina, se produjo un descenso considerable de la delincuencia en la ciudad; el número de detenciones realizadas aumentó un 24% en Nueva York, alcanzando la cifra de 314.292 personas detenidas en 1996, en consecuencia, la tasa de criminalidad descendió un 50% (cincuenta por ciento) en el periodo comprendido entre 1991 y 1996, lo que enmarcó el brillo y el éxito exagerado de Nueva York⁹⁸.

Esta política de Tolerancia Cero trajo algunas consecuencias, ALLER⁹⁹ explica que el racismo y la xenofobia fueron evidentes en algunos sectores de la policía (la mayoría de los detenidos eran negros, latinos e inmigrantes), además de esto, aumentaron los abusos policiales y, a diferencia de la delincuencia callejera, los delitos de cuello blanco, políticos y financieros, entre otros, siguieron siendo tolerados sin la misma diligencia en su represión. Otro punto destacado por el autor es que el éxito en la reducción de la delincuencia fue una afirmación aislada del contexto, dado que la delincuencia callejera no fue eliminada ni reprimida, sino desplazada, en gran medida, a otros sectores de la sociedad que no estaban preparados para enfrentarla¹⁰⁰. Corroborando este pensamiento, WAQUANT¹⁰¹ subraya que la reducción de la delincuencia en Nueva York no se derivó exclusivamente de la aplicación de la política de “Tolerancia Cero”, ya que los índices de criminalidad también descendieron en lugares donde no se aplicó esta política, como Boston, Chicago y San Diego.

Cabe señalar que esta política represiva perdió fuerza rápidamente en la propia Nueva York tras el asesinato, en 1999, de Amadou Oiallo, un joven inmigrante de Guinea asesinado por cuatro policías de la “Unidad de Lucha contra los Delitos Callejeros” que lo confundieron con un presunto violador. Este asesinato policial, que siguió al “caso Abner Louima”, otro inmigrante haitiano que fue torturado sexualmente en una comisaría, desencadenó manifestaciones ante la oficina del director de la policía de la ciudad, que reunieron a 1.200 manifestantes pacíficos, entre ellos, un centenar de políticos afroamericanos locales y nacionales, como el ex alcalde de Nueva York, David Dinkins, presidente de la *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), y agentes de policía negros retirados, todos los cuales fueron detenidos acusados de “alteración del orden público”¹⁰².

Incluso con su declive, el bombo mediático que rodeó el “éxito” de la nueva forma de

⁹⁷ ALLER, **Paradigmas de la Criminología**, *op. cit.*, 2010, p. 13.

⁹⁸ WACQUANT, *op. cit.*, p. 17-19.

⁹⁹ ALLER, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁰ ALLER, **Paradigmas de la Criminología**, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰¹ WACQUANT, **As prisões da miséria**, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰² *Ibid.*, p. 22 *et seq.*

control de la delincuencia llevó a Nueva York a ser considerada un paradigma para hacer frente a la delincuencia. Como resultado, la doctrina de la Tolerancia Cero comenzó a exportarse por todo el mundo, ganando protagonismo incluso en los discursos políticos; así, ciudades de Inglaterra, México, Argentina, Brasil, Francia, Italia, Alemania, Nueva Zelanda, etc. utilizaron esta doctrina en la búsqueda de legitimación científica en el desarrollo de políticas de seguridad pública¹⁰³.

En conclusión, el programa Tolerancia cero refleja una tendencia general a la hipertrofia del sistema penal, así como a la hiperinflación carcelaria. En otras palabras, promueve la sustitución del Estado Social por el Estado policial y penitenciario, donde las prácticas represivas buscan el control social y racial de los indeseables que son vistos como una amenaza para el orden social.

5 NUEVAS PERSPECTIVAS: CRIMINOLOGÍA FEMINISTA, QUEER Y ACTUARIAL

El profesor Germán ALLER, en su trabajo *Paradigmas de la Criminología Contemporánea*¹⁰⁴, presentó algunas consideraciones sobre las corrientes críticas, el realismo de derecha e izquierda, las teorías situacionales y la elección racional, así como otras corrientes más recientes relacionadas con el control de la criminalidad en las últimas décadas. Ante la imposibilidad de analizar todos los nuevos estudios dentro de la criminología contemporánea, destacaremos la producción de algunas teorías impulsadas por la sociedad del riesgo, especialmente, las relacionadas con las minorías sexuales y de género y las dirigidas a promover una mayor represión-castigo.

Pues bien, nuevas perspectivas criminológicas han surgido con el desarrollo de la Criminología radical, crítica o Nueva Criminología. Con el análisis del enfoque materialista y la influencia marxista, y a partir de estas discusiones críticas en carácter de efervescencia y con el surgimiento de los movimientos sociales, la violencia de género gana protagonismo en los estudios criminológicos, surgiendo la preocupación por la situación de las mujeres dentro de los sistemas punitivos como víctimas o delincuentes, abriéndose, así, espacio para la Criminología Feminista dentro de los estudios criminológicos¹⁰⁵.

Aunque las teorías críticas desarrollaron sus estudios con un enfoque sobre la situación de las clases explotadas en medio del sistema capitalista generador de contradicciones y desigualdades, incluyendo la creciente criminalización de las periferias, el sujeto de esta clase trabajadora seguía siendo el hombre, según una concepción todavía muy limitada a la figura clásica del “obrero de fábrica”. Desde este punto de vista, los movimientos feministas organizados y emergentes, así como el desarrollo de la teoría crítica feminista, hicieron aportaciones paradigmáticas a las teorías críticas en todos los ámbitos, incluidos los estudios criminológicos, al señalar que estas teorías, supuestamente universales, no tenían en cuenta la situación de las mujeres y no ofrecían respuestas concisas a los problemas relacionados con las cuestiones de

¹⁰³ ALLER, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ ARAÚJO, Bruna Stéfanni Soares de. **Raça, gênero e colonialidade: críticas marginais para a criminologia feminista e sua epistemologia.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 146. ano 26. p. 23-56. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 32 *et seq.*

género¹⁰⁶.

Históricamente, los discursos criminológicos han sido formados por hombres, para hombres y muy ocasionalmente sobre mujeres, y siempre han percibido a las mujeres como variantes y no como sujetos propiamente dichos. Se desarrollaron estigmas y estereotipos sociales sobre las mujeres, en la Edad Media durante la Inquisición, entre finales del siglo XV y principios del XVI, se produjo un proceso de criminalización masiva de las mujeres europeas, que fueron perseguidas y ejecutadas por brujería. Siglos después, en las narrativas criminológicas y etiológicas europeas que antecedieron a la discusión de género, el sujeto femenino era completamente desprovisto de peligrosidad social, siendo frágil, sumiso, pasivo, impotente en la esfera pública y destinado a la maternidad¹⁰⁷.

En este sentido, la obra de LOMBROSO y Giovanni FERRERO, de 1892, *La Donna Delinquente* corroboraba la imagen de la mujer en Europa que había sido construida históricamente por la religión, la política y la filosofía. Basándose en análisis biológicos y fisiológicos, los autores estudiaron el origen de la criminalidad femenina, llegando a la conclusión de que la mujer delincuente era un ser desprovisto de razón, inferior al hombre, dotado de una sensibilidad y unos sentimientos innatos extremos y, por regla general, vinculado a la prostitución¹⁰⁸.

Como se ve, las narrativas se basaban en el androcentrismo, y las relaciones de poder de género eran evidentes en los procesos de criminalización de las mujeres. Sin embargo, BARATTA¹⁰⁹ señala que, a partir de principios de la década de 1970, la posición desigual de las mujeres en el sistema penal, ya sea como víctimas o como delincuentes, se convirtió en objeto de creciente atención por parte de la criminología. En pocos años, las criminólogas feministas produjeron una vasta literatura sobre el tema, orientando la investigación criminológica hacia cuestiones específicas que aún no habían sido tratadas por la disciplina, e influyendo en el desarrollo de la victimología en particular. Las cuestiones de la mujer se han convertido así en un componente privilegiado de la cuestión penal. Desde entonces, cuestiones como la desprotección de las mujeres en el sistema penal frente a la violencia machista, la baja tasa de incriminación femenina, así como sus formas específicas de criminalidad han emergido con relevancia en los estudios académicos.

Es importante señalar que la agenda original de las teorías (jurídicas) feministas se centra en la lucha por la igualdad de género, a partir de la crítica a los roles sociales asignados a las mujeres. La jurista estadounidense Martha Albertson FINEMAN¹¹⁰ señala que el objetivo de la *Feminist legal theory*, en las décadas de 1970 y 1980, era demostrar las formas en que la naturalización de una estructura social jerárquica representada por la familia tradicional excluía a las mujeres de las esferas públicas, aprisionándolas en roles de género fijos como esposas y madres. Paralelamente a la crítica de esta desigualdad instituida en las dinámicas legales e institucionales, el movimiento feminista comenzó a dar visibilidad a la violencia real practicada contra las mujeres, especialmente, en el ámbito doméstico que, históricamente, les había sido

¹⁰⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 26 et seq.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 28.

¹⁰⁹ BARATTA, **Criminología crítica**, op. cit., 2004, p. 19.

¹¹⁰ FINEMAN, Martha Albertson. **Feminist and Queer Legal Theory**. Emory University School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper. Series Research Paper n. 9-76, 2009, p. 2-8. https://www.researchgate.net/publication/287268994_Feminist_and_queer_legal_theory_Intimate_encounters_uncomfortable_conversations.

asignado.

En definitiva, el pensamiento feminista se ha consolidado como una de las vertientes teóricas más importantes en la sociedad del riesgo. Con el descentramiento y fragmentación del sujeto y la inestabilidad de las categorías de sexo/género, raza/etnia, clase, entre otras, la criminología feminista ha buscado llenar los vacíos de la ausencia de discusiones sobre las mujeres y el género en los procesos y agencias de criminalización, ausencia notablemente marcada en el campo teórico, epistemológico e institucional.

Paralelamente a la criminología feminista, la Teoría *Queer* surgió en Estados Unidos a principios de la década de 1990, en oposición a los estudios sociológicos sobre minorías sexuales y de género. Aunque compartían la noción de la sexualidad como construcción social e histórica, la concepción *Queer* de la teoría social derivaba del hecho de que, al menos hasta la década de 1990, las ciencias sociales trataban el orden social como sinónimo de heterosexualidad, por lo que los estudios sobre minorías acababan manteniendo y naturalizando la norma heterosexual¹¹¹.

Cabe señalar que el término *Queer* fue acuñado por Teresa de LAURENTIS en una conferencia celebrada en la Universidad de California, en Santa Cruz, en 1990, para teorizar sobre las sexualidades gay y lesbiana. Los estudios *Queer* subrayan la centralidad de los mecanismos sociales relacionados con el funcionamiento del binarismo hetero/homosexual para la organización de la vida social contemporánea, prestando una atención más crítica a una política del conocimiento y de la diferencia. Esta teoría entiende la sexualidad como un dispositivo histórico de poder, siendo un conjunto heterogéneo de discursos y prácticas sociales, que se establece entre elementos tan diversos como la literatura, los enunciados científicos, las instituciones y las proposiciones morales¹¹².

Sobre el tema, Salo de CARVALHO y Evandro Piza DUARTE¹¹³ señalan que las teorías *Queer* buscan desestabilizar las zonas de confort cultural creadas por el heterosexismo, que históricamente se han establecido como mecanismos de regulación y control social, tales como: a) la polarización entre hombres y mujeres y b) la institucionalización de la heteronormatividad obligatoria. También conceptualizan el heterosexismo como una discriminación y opresión basada en una distinción hecha con respecto a la orientación sexual, con la promoción incesante, por parte de instituciones y/o individuos, de la superioridad de la heterosexualidad y la subordinación simulada de la homosexualidad.

Además, la naturalización de la norma heterosexual crea automáticamente mecanismos de saber y de poder en los que la diferencia se expone como una desviación o una anomalía. Una vez definidos los comportamientos o modos de ser desviados a partir de la norma heterosexual, el control social formal se instrumentaliza en los procesos de criminalización y patologización de la diferencia. Por otro lado, de estas respuestas sancionadoras producidas por las agencias punitivas (violencia institucional), la lógica heteronormativa potencia otras innumerables formas de violencia (simbólica e interindividual) en las que se

¹¹¹ MISKOLCI, Richard. **A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. Sociologias**. Porto Alegre, año 11, n. 21, enero/junio 2009, p. 150-182.

¹¹² *Ibid.*, loc. cit.

¹¹³ CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do Preconceito, racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204.

victimiza la diversidad sexual (homofobia)¹¹⁴.

Para ello, el profesor Salo de CARVALHO¹¹⁵ enseña que el proceso de legitimación de la violencia heterosexista que configura las culturas heteromoralizadoras y heteronormalizadoras puede analizarse en tres niveles fundacionales: el primero, la violencia simbólica (cultura homófoba), basada en la construcción social de discursos que pone en inferioridad a la diversidad sexual y a la orientación de género; el segundo, la violencia de las instituciones (homofobia de Estado), con la criminalización y la patologización de las identidades no heterosexuales; el tercero, la violencia interpersonal (homofobia individual), en la que el intento de anular la diversidad se produce a través de actos brutales de violencia (violencia real).

Sin embargo, las teorías *Queer* buscan deconstruir la jerarquía establecida entre heterosexualidad y homosexualidad, rompiendo con los conceptos y la lógica binaria que divide y etiqueta a las personas como heterosexuales u homosexuales¹¹⁶. En este sentido, cuando las cuestiones de género y diversidad sexual se cruzan con la realidad del delito y de los procesos de criminalización, la criminología se muestra como un medio eficaz para comprender el fenómeno de la violencia en sus diferentes dimensiones, específicamente, en relación a las cuestiones homofóbicas.

Por último, debido a la reflexión teórica y política sobre la violencia misógina y homófoba, la Criminología Queer recibió una atención real por parte de la criminología crítica con el dossier *Queer/ing Criminology: New Directions and Frameworks*, publicado en *Critical Criminology* en 2014 y organizado por Matthew Ball, Carrie Buist y Jordan Woods¹¹⁷, y desde entonces, han surgido varios trabajos en este campo.

Otro paradigmático fenómeno contemporáneo, también reflejo de la sociedad del riesgo, surgió para justificar las experiencias históricas de encarcelamiento masivo: la Criminología Actuarial. El sistema penitenciario comenzó a exigir un nuevo discurso legitimador, contrario a la desacreditada promesa de (re)integración social. Para ello, ilustra Maurício DIETER¹¹⁸, profesor de criminología de la Universidad de San Pablo, para sortear este dilema, se optó por neutralizar a los delincuentes, como estrategia para reducir los índices de criminalidad, adhiriéndose a los fundamentos del gerencialismo, se optó por neutralizar a los delincuentes como estrategia para reducir los índices de criminalidad, adhiriéndose a los fundamentos del gerencialismo, operando el sistema de justicia penal basado en la lógica actuarial, con el objetivo de neutralizar preventivamente a los individuos “diagnosticados” como reincidentes crónicos.

Ciertamente, la iniciativa más conocida, en este sentido, es la ley californiana que hace referencia a la regla fundamental del juego del Baseball, el deporte símbolo de los Estados Unidos. Esta ley adoptó la regla de los *Three strikes*, en 1994, basándose en un precedente legal anterior, la *Washington State's Persistent Offender Accountability Act*. Su aprobación modificó el Sección 667 del Código Penal de California estableciendo, inicialmente y a grandes rasgos, que a las personas con condenas previas por delitos más

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 204-205.

¹¹⁵ *Id.*, 2017, p. 154.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 207.

¹¹⁷ BALL, Matthew. **Queer Criminology, Critique, and the ‘Art of Not Being Governed’**. *Critical Criminology*, v. 22, 2014, p. 21-34.

¹¹⁸ DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos e Co-orientador: Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes. Tesis de Doctorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2012, p. 20 *et seq.*

graves se les impusiera una pena mínima del doble de la prevista para el tipo legal enjuiciado. A continuación, cualquier persona con dos o más condenas por delitos de la misma naturaleza - lo que equivale a dos o más episodios de reincidencia específica - deberá tener la pena del nuevo delito multiplicada por tres, siempre que oscile entre un mínimo de 25 (veinticinco) años y la cadena perpetua, sin derecho a ningún beneficio hacia la libertad¹¹⁹.

DIETER¹²⁰ explica que, mediante la innovación tecnológica y los ajustes legislativos, la criminología actuarial defiende que es posible mantener en prisión, durante largos periodos, solo a los individuos peligrosos o que presenten un alto riesgo de reincidencia, reduciendo simultáneamente el número de delitos, recortando costes y aliviando los graves problemas de superpoblación carcelaria. Lo contrario ocurriría con los delincuentes inofensivos y eventuales, que serían recluidos durante periodos cortos, con medidas distintas de la prisión.

Siguiendo el ideal de una gestión eficaz de la delincuencia, los organismos oficiales de fomento y los grandes centros universitarios han vuelto a financiar estudios en este ámbito. Para ello, los investigadores y sociólogos Robert FIGLIO, Thorsten SELLIN y Marvin WOLFGANG, con su trabajo de 1972 *Delinquency in a Birth Cohort*, presentaron una propuesta de incapacitación selectiva. Estos autores siguieron la vida de aproximadamente 10.000 (diez mil) jóvenes de sexo masculino de entre 10 (diez) y 18 (dieciocho) años de edad, nacidos en 1945 en Filadelfia, y mediante una amplia recopilación de datos observaron que casi el 52% (cincuenta y dos por ciento) de toda la delincuencia juvenil podía atribuirse exclusivamente a ciertos reincidentes crónicos que, a su vez, correspondían a solo el 6,3% (seis con tres décimas) del total de investigados. Así, se dieron cuenta de que era posible describir el perfil de esta minoría, apoyando - como medidas para combatir eficazmente la delincuencia juvenil - acciones que simplemente sacaran a los menores reincidentes crónicos de la sociedad por el mayor tiempo posible, sin preocuparse por su reinserción social¹²¹.

Donald J. WEST y David P. FARRINGTON también fueron importantes investigadores sobre el tema¹²². WEST fue el fundador del CSDD *Cambridge Study in Delinquent Development* (Estudios de Cambridge sobre Desarrollo Delincuente), responsable de la investigación para el descubrimiento de las causas de la delincuencia juvenil dirigida a chicos en edad escolar. En el ensayo publicado en 2003, que resumía el desarrollo de 40 (cuarenta) años de investigación del CSDD, FARRINGTON¹²³ sostenía que era posible predecir con relativa certeza el perfil de riesgo de carreras delictivas en niños de entre 8 y 10 años de edad observando solo seis factores: a) el comportamiento antisocial (niños descritos como agresivos, deshonestos o problemáticos, especialmente en la escuela), b) hiperactividad y déficit de atención, c) baja inteligencia y rendimiento escolar, d) contacto con familiares o personas muy cercanas con antecedentes de criminalización, e) familias pobres y numerosas o malas condiciones de vivienda y f) escasa disciplina parental, por autoritarismo o negligencia.

Estos estudios revelaban la confianza en la posibilidad de descubrir a los predestinados a

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 90-91.

¹²⁰ *Id.*, 2013, p. 3.

¹²¹ *Ibid.*, *op. cit.*

¹²² DIETER, **Política criminal actuarial**, *op. cit.*, 2012, p. 98.

¹²³ FARRINGTON *apud* DIETER, 2013, p. 99.

reincidir¹²⁴. Aprovechando los estudios centrados en niños y preadolescentes, el sistema de justicia penal utilizó los datos de estos estudios para perfilar agudamente a la minoría de adultos irrecuperables, a los que se culpaba de la mayor parte de la violencia social¹²⁵. En resumen, la nueva estrategia de control social se dirigía a la incapacitación, el objetivo serían los reincidentes crónicos y el método para llegar a ellos sería el pronóstico de riesgo. Se fundaba, en estos términos, una criminalización secundaria autorreferente, que legitimaba la persecución de ese mismo colectivo formado por hombres, jóvenes, negros, desempleados, drogadictos, etc.¹²⁶. Entonces, una vez seleccionados por los filtros de las agencias de control social, no había más salida, porque la propia selección se consideraba un factor de riesgo. Así, la lógica actuarial comenzó a definir los objetivos y el alcance de las medidas de incapacitación, en busca de una cantidad razonable de criminalidad¹²⁷.

Se destaca que la propuesta de Política criminal actuarial, que parecía perfecta en teoría, resultó ser un auténtico fracaso. En primer lugar, porque racionalizaba y favorecía la superpoblación en las cárceles; en segundo lugar, la criminalización actuarial resultó ser demasiado costosa económicamente, a pesar de que mantenía a los presos en condiciones degradantes¹²⁸. Se llega, precisamente, a la clave para entender todo este proceso de reorganización del sistema de justicia penal: tras el objetivo declarado de reducir eficazmente la delincuencia, el objetivo real y más amplio de la Política criminal actuarial era sacralizar la desigualdad de los procesos de criminalización, naturalizando la selectividad de la represión contra quienes viven en los márgenes de la sociedad¹²⁹.

En conclusión, la criminología actuarial viola, prácticamente, todos los instrumentos constitucionales de protección individual, especialmente, al sustituir la presunción de inocencia por un posmoderno pronóstico de riesgo, según el cual, el sujeto no debe ser castigado por lo que hizo, sino por el perfil de riesgo que se le atribuye.

CONCLUSIONES

Como se observó la Criminología tiene un breve corte histórico, pero tiene raíces profundas como los escritos de los Demonólogos en la búsqueda de Satanás, que según Zaffaroni sería un precedente histórico de la ciencia criminológica. Además, se abarcaron estudios de la Escuela Clásica, también conocida como fase precientífica, con Cesare Beccaria, Francesco Carrara, Jeremy Bentham, etc., que utilizaron el método lógico-científico para definir el delito como un ente legal, que surge por el mal uso del libre albedrío por parte del individuo. Posteriormente, en la búsqueda del cientificismo, con el uso del

¹²⁴ DIETER, Maurício Stegemann. **Lógica atuarial e incapacitação seletiva: a farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas**. Rev. Epos, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, junio 2013, p. 4.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 12.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 13.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 15.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 16.

método experimental de investigación, se analizó que la Escuela Positivista representada por Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo y Enrico Ferri buscó comprender el crimen con un enfoque en lo criminal, analizando los factores antropológicos, sociológicos y psicológicos que llevan al individuo a cometer el delito.

Sin embargo, superando el pensamiento biopsicológico de la Escuela Positiva, los estudios sociológicos norteamericanos han mostrado innumerables visiones sobre la criminalidad, ya sean consensuales o conflictivas. Las que tienen una orientación consensual son: la Escuela de Chicago, que inauguró la sociología criminal urbana en el Departamento de Sociología de la Universidad de Chicago; la Teoría de la Asociación Diferencial, donde el delito es una conducta aprendida y que se reproduce por efecto de contactos con definiciones favorables a la violación de la ley; la Teoría de la Anomia, que establece el delito como resultado de una desproporción entre los objetivos sociales y los medios para alcanzarlos; y la Teoría de la Subcultura Delincuente, que explica que los individuos menos favorecidos se asocian para delinquir, siguiendo un patrón de valores diversos dentro de una cultura dominante establecida.

Con relación a las teorías conflictivas, se destacan las siguientes: la Teoría del *Labelling Approach*, donde el delincuente es alguien a quien la sociedad le ha aplicado con éxito la etiqueta social de delincuente; y la Teoría Crítica con sus tres corrientes ideológicas: Abolicionismo, Minimalismo y Neorrealismo de Izquierda, responsables de realizar las críticas más intensas a las instancias de control punitivo.

Durante el desarrollo del tema, se observó que, en la llamada posmodernidad, el vertiginoso aumento de la criminalidad promovido por el avance del capitalismo globalizado hizo que el control del crimen fuese ejercido con base en las instituciones de vigilancia ostensiva, certeza del castigo y prevención. Por ello, los estudios criminológicos recurrieron al control formal del delito y del delincuente para justificar la intervención del Estado, lo que se denominó (en el presente trabajo) Teorías del control. Dentro de las teorías del control se analizaron las siguientes: el Neorrealismo de Derecha, que aspiraba a una mayor represión contra la criminalidad masiva y contra las minorías étnicas, reforzando la idea de “Ley y Orden”; la Teoría de las Ventanas Rotas con la idea central de la represión contra delitos menores para prevenir delitos mayores; la política de Tolerancia Cero, con el procesamiento de todos los delitos y la aplicación de la pena más severa posible, lo que resultó en evidentes abusos policiales y un aumento de las prácticas racistas y xenófobas.

Finalmente, el apartado concluyó observando algunas de las nuevas perspectivas criminológicas impulsadas por la sociedad del riesgo, de las cuales: la Criminología Feminista y *Queer* relacionada con las diversidades de género y la Criminología Actuarial con el objetivo de neutralizar preventivamente a los individuos 'diagnosticados' como reincidentes crónicos, que en la práctica fracasó porque favoreció la superpoblación carcelaria y naturalizó la selectividad penal contra los menos favorecidos.

En conclusión, conduce a afirmar que las nuevas perspectivas criminológicas - en determinadas expresiones y orientaciones - se han tornado funcionales a un sistema represivo que dista mucho de la perspectiva crítica que, en varios sentidos, anhelamos en la Criminología.

REFERENCIAS

ALLER, Gérman. *El Derecho penal del enemigo y la Sociedad del conflicto*. In: *Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo*. Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, p. 163-270, 2006.

_____. *Evolución de la Ley Penal en Uruguay*. Revista de la Facultad de Derecho, núm. 29, Montevideo, Uruguay: Universidad de la República, 2010.

_____. *Informe sobre los arts. 1, 4, 11 y 17 del Proyecto de Ley de Urgente Consideración (LUC) a la Comisión del Senado*. Instituto de Derecho Penal y Criminología (IDPC) de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 2020.

_____. *Paradigmas de la criminología contemporánea*. In: *Congreso de Derecho Penal del Bicentenario de la Argentina*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), 2010.

_____. *Sociedad del riesgo*. In: *Co-responsabilidad social, Sociedad del Riesgo y Derecho penal del enemigo*. Montevideo: Carlos Álvarez Editor, p. 83-161, 2006.

ARAÚJO, Bruna Stéfanni Soares de. *Raça, gênero e colonialidade: críticas marginais para acriminologia feminista e sua epistemologia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 146, año 26, p. 23-56. São Paulo: Ed. RT, 2018.

BALL, Matthew. *Queer Criminology, Critique, and the 'Art of Not Being Governed'*. Critical Criminology, v. 22, p. 21-34, 2014. Disponible en: <https://eprints.qut.edu.au/65387/16/65387.pdf>. Acceso: mayo 2023.

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Traducción de Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.

BECCARIA, Marchesi di. Cesare Bonesana. 1738-1793. *Dos delitos e das penas*. Traducción J. Cretella Jr. y Agnes Cretella I. 2ª ed. rev., 2ª tirada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do Preconceito, racismo e homofobia nas Ciências Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204.

DIETER, Maurício Stegemann. *Lógica atuarial e incapacitação seletiva: a farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas*. Rev. Epos, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, jun. 2013. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2013000100003&lng=pt&nrm=iso. Acesso: agosto 2023.

_____. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos e Co-orientador: Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes. Tesis de Doctorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2012.

FINEMAN, Martha Albertson. *Feminist and Queer Legal Theory*. Emory University School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper. Series Research Paper, n. 9-76, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/287268994_Feminist_and_queer_legal_theory_Intimate_encounters_uncomfortable_conversations. Acesso: junio 2023.

GARCIA-PABLOS, Antonio. *Criminologia. Uma introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GARLAND, David. *La cultura del control: Crimen y Orden en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

MONTEIRO, Marcos Antônio Melo. *A cultura do controle, crime e ordem social na sociedade contemporânea. Um estudo do controle do crime durante as décadas de 50 a 70 nos EUA*. Caderno de pós graduação em direito: criminologia. Coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha, Otávio Binato Júnior. Brasília: UniCEUB: ICPD, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y DOS SANTOS, Ílison Dias. *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financeiro*. Serie: Pensamiento penal crítico, n. 2, Ecuador: El Siglo, 2019.

____ 1940. *A questão criminal*. Traducción Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

O COMBATE À CORRUPÇÃO COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA À GARANTIA DA HIGIDEZ DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

FIGHTING CORRUPTION AS A CONSTITUTIONAL REQUIREMENT TO GUARANTEE THE HEALTH OF THE PUBLIC ADMINISTRATION

Ana Paula da Silva Nascimento²

Bianor Saraiva Nogueira Júnior³

Resumo: A pesquisa abordou sobre o conceito e a definição do que é a corrupção. O texto também relatou sobre algumas das políticas públicas tomadas pela Administração Pública, para assim, garantir uma higidez de combate à corrupção nessa área e em outras. Manter uma probidade, seja em qualquer um dos poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário é uma forma de exigência constitucional. Um dos objetivos deste trabalho foi explicar sobre como é fundamental combater a corrupção na sociedade, na política, nos poderes e na Administração Pública. Uma maneira de reduzir a corrupção é criar meios mais eficientes de fiscalização nos Poderes, nos órgãos, entidades públicas da Administração e aplicar leis mais energéticas. O estudo deste artigo baseou-se em uma interpretação hermenêutica constitucional aliada à uma metodologia de fontes de referências bibliográficas de: livros, periódicos, artigos, doutrinas, leis e demais documentos.

Palavras-chaves: Corrupção. Combate. Higidez da Administração Pública.

Abstract: The research addressed the concept and definition of corruption. The text also reported on some of the public policies adopted by the Public Administration, in order to guarantee a sound fight against corruption in this area and others. Maintaining probity, whether in any of the branches, Legislative, Executive and Judiciary, is a form of constitutional requirement. One of the objectives of this work was to explain how fundamental it is to combat corruption in society, politics, powers and Public Administration. One way to reduce corruption is to create more efficient means of supervision in the Administration's Powers, bodies, public entities and apply more energetic laws. The study of this article was based on a constitutional hermeneutic interpretation combined with a methodology of bibliographic reference sources of: books, periodicals, articles, doctrines, laws and other documents.

Keywords: Corruption. Combat. Public Administration Health.

¹ Recebido em 17/03/2024 e aprovado em 05/08/2024.

² Possui graduação em Licenciatura em Química pela Universidade Federal do Amazonas (2010), graduação em Letras - Língua Portuguesa pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (2021), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (2018) e mestrado em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2023).

³ Doutor em Sociedade e Cultura na Amazônia pelo Programa de Pós-Graduação - PPGSCA da Universidade Federal do Amazonas - UFAM; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (Conceito 7 - CAPES); Doutorando em Antropologia pela Universidade Federal de Pelotas - UFPel/RS; Mestre em Direito Ambiental pelo PPGDA da Universidade do estado do Amazonas - UEA; Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM; Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM; Professor Adjunto do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas ED/UEA; Professor Doutor do curso de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - PPGDA/UEA; Professor Doutor do curso de Pós-graduação em Direito Público, ED/UEA; Pesquisador no Observatório para a Qualidade da Lei (LEGISLAB-UFMG); Escritor; Procurador Federal - PGF/AGU (bianor.saraiva@agu.gov.br); Condecoração Jubileu de Bronze - Comenda - AGU, 2015; Condecoração Jubileu de Prata - Comenda - AGU, 2022.

INTRODUÇÃO

A grande problemática dos atos de corrupção é que eles são as raízes de muitos males de problemas sociais, econômicos, financeiros e de políticas públicas em um país. Mas, é possível encontrar maneiras de reduzir essa situação, a qual alastra-se pela sociedade, pela política, pelos Poderes Públicos e pela Administração Pública. A Lei Anticorrupção é um dos muitos exemplos de forma de combate à corrupção na área das políticas públicas e da Administração Pública brasileira.

A Lei Anticorrupção foi criada para manter a limpeza, a transparência e a higidez da Administração Pública. Um de seus objetivos é: punir a pessoa jurídica pelo ato de corrupção praticado (seja ele de seu interesse ou ao seu benefício exclusivo ou não).

Outro modo eficiente de política pública aplicado para prevenir e reduzir a corrupção foi a criação da Lei de Improbidade Administrativa ou Lei 8.429/92. Um dos seus objetivos é: estabelecer sanções aos agentes públicos, os quais cometem atos de corrupção no exercício do mandato, cargo, emprego ou função administrativa.

A improbidade não deixa de ser um ato corrupto e o Poder Legislativo cria as leis para que as mesmas possam amenizar os problemas e os conflitos que surgem em uma sociedade. A Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa são dois exemplos desse labutar dos legisladores. Estas leis servem como um controle de política pública para combater à corrupção na Administração do Poder Público e ambas funcionam para manter a higidez destes setores.

Além do Poder Legislativo, existe muitos órgãos, que possuem a função de tentar combater ou diminuir à corrupção, dentre eles, estão: os Tribunais de Contas (dos Estados e da União), os Ministérios Públicos (dos Estados e da União), as Advocacias, a OAB, as Procuradorias dos entes federativos, a Polícia Federal, o STF e etc.

A Constituição Federal também é uma ferramenta de combate à corrupção, a qual serve para assegurar os direitos fundamentais como o respeito à cidadania, à dignidade da pessoa humana, os valores sociais, os princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, razoabilidade e proporcionalidade e outros mais...).

Este artigo radiografa os seguintes objetivos: explicar sobre como acontece a corrupção no Poder Público e na sociedade, elucidar como os atos corruptíveis alastram-se nesses ambientes e mostrar quais as medidas que estão sendo aplicadas pela política pública. A metodologia utilizada neste artigo é baseada em fontes de referências bibliográficas de: livros, periódicos, artigos, doutrinas, leis e demais documentos.

A DEFINIÇÃO DE CORRUPÇÃO E SUAS MAZELAS

A palavra corrupção é de origem latina “*corruptio*”. A mesma pode ser conceituada da seguinte maneira: é uma atitude, um ato, o qual causa danos a sociedade e ao Poder Público de um Estado. Ela é definida como um efeito de corromper alguém a fazer algo para seu benefício, ou de ser uma oportunidade de vantagem. A corrupção é um atributo onde existe a opção de corromper ou de ser corrompido (a).

A corrupção poderia ser caracterizada como um comportamento ilegal, fraudulento, desonesto e na troca de valores (como dinheiro, serviços ou qualquer proveito próprio).

A corrupção é uma maneira sedutora de subornar, engabelar, a qual causa diversos danos ao meio ambiente: do trabalho, da sociedade, da moralidade, da ética, dos Poderes Públicos, devido ser um ato humano de prevaricação, deterioração, depravação e devassidão.

Não importa a dimensão da corrupção, ela pode ser um ato pequeno ou grande, com menor ou maior grau, independentemente do tipo, do tamanho, a mesma sempre trará consequências a alguém ou a uma coletividade, ou seja, sempre há uma perda, uma afetação.

A origem da corrupção é um ato muito antigo. Essa prática existiu na Grécia antiga (A.C). Muitos filósofos como Sócrates, Platão, Aristóteles e dentre outros mencionam essas práticas em suas obras. Ou seja, a corrupção não é um cerne exclusivamente praticado no Brasil, como pode-se observar nas palavras de Pinotti (2019, p.10):

A corrupção no Brasil tem origens e causas remotas. Aponto sumariamente três. A primeira é o patrimonialismo, decorrente da colonização ibérica, marcada pela má separação entre a esfera pública e a esfera privada. Não havia distinção entre a Fazenda do rei e a Fazenda do reino — o rei era sócio dos colonizadores —, e as obrigações privadas e os deveres públicos se sobrepunham. A segunda causa é a onipresença do Estado, que exerce o controle da política e das atividades econômicas, pela exploração direta ou por mecanismos de financiamento a empresas privadas e de concessão de benefícios. A sociedade torna-se dependente do Estado para quase tudo o que é importante, sejam projetos pessoais, sociais ou empresariais. Cria-se uma cultura de paternalismo e compadrio, acima do mérito e da virtude. O Estado e seus representantes vendem favores e cobram lealdades. A terceira causa é a cultura da desigualdade. As origens aristocráticas e escravocratas formaram uma sociedade na qual existem superiores e inferiores, os que estão sujeitos à lei e os que se consideram acima dela. A elite dos superiores se protege contra o alcance das leis, circunstância que incentiva condutas erradas.

Os fatos históricos para explicar o porquê de ocorrer à corrupção no Brasil estão registrados nos livros de história e eles tiveram início desde a descoberta do país.

A corrupção alastrou-se com a população portuguesa, que foi banida para cá como forma punitiva. As pessoas que foram exiladas aqui eram “*persona non grata*” para Portugal.

A corrupção proliferou-se na formação da população brasileira, pois, as políticas de Portugal fortemente influenciaram na natureza do comportamento da sociedade presente.

Portugal sempre explorou o Brasil, tanto para os seus interesses econômicos, quanto para os financeiros, e esta relação de colonizador e colonizado é o maior exemplo histórico registrado de corrupção em nosso país.

A corrupção é tão presente na sociedade, na política, na Administração Pública, Poder Judiciário, Poder Legislativo, que pode ser verificada em notícias nos meios midiáticos, periódicos, artigos científicos...

A corrupção tornou-se um tema comum nos meios midiáticos. Exemplos cotidianos de corrupção: quando o juiz vende sentença, a corrupção está presente no Poder Judiciário. Quando o guarda de trânsito pede propina, isso é corrupção, afinal ele representa o Estado e a Administração Pública. Não é do interesse desses poderes ter esse tipo de agentes representando-os. “O ato mais afrontoso aos princípios básicos da administração e causador de prejuízos à sociedade é a corrupção no exercício da função pública”. (Lopes, 2012, p.126).

Infelizmente, na sociedade também há corrupção, exemplo, estacionar na vaga de idoso, sem ter o documento (o direito) e a idade correspondente, isso é um ato de corrupção. Qualquer vantagem indevida de autobenefício é um ato de corrupção!

A corrupção pode ser realizada por diversos meios e maneiras, uma exemplificação disto, é a corrupção sistêmica.

A “*Corrupção sistêmica*” é chamada assim, por caracterizar a existência de um elaborado planejamento para assegurar à prática de delitos, onde pagamentos de propinas são efetuados de forma habitual. Ou seja, a corrupção sistêmica é o pagamento de propina de modo constante, ou em que haja uma habitualidade de pagamentos.

Outros exemplos de corrupção é: o nepotismo (que é conceder empregos, contratos públicos para parentes, desrespeitando a meritocracia), o peculato (que pode ser um desvio ou apropriação da destinação de fundos públicos para o uso pessoal ou privado. A corrupção nestes casos é uma conduta que afeta o interesse público como um todo, porque ela sempre acaba por atingir searas como: a Administração Pública, a Constituição, a sociedade, o Poder Público, o meio ambiente do trabalho, os direitos humanos, as instituições democráticas e os direitos e às liberdades fundamentais, os direitos e garantias fundamentais das pessoas.

O direito e o Poder Legislativo tentam interromper ou minimizar esses avanços dos atos de corrupção na sociedade, na Administração Pública e na política, por via das leis. Porém, esses hábitos de corrupção são antigos e vem de longínquas épocas como pode-se verificar nos registros históricos. A corrupção evoluiu com o passar dos anos e com a dinâmica social...

O COMBATE À CORRUPÇÃO PELA LEI ANTICORRUPÇÃO E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O homem é o único ser vivo que tem o poder de corromper ou ser corrompido. A natureza humana pode ser corruptível.

“Nos últimos tempos, o Brasil tem vivido uma tempestade política, econômica e ética que mudou a percepção da sociedade em relação a muitas questões, inclusive — e notadamente — aquelas associadas ao cumprimento da lei e ao combate à corrupção”. (Pinotti, 2019, p.9).

O Brasil tem implementado várias ações para poder combater à corrupção, dentre as diversas medidas implementadas temos a criação das leis, estas, servem para conseguir manter o padrão de exigência constitucional.

A criação da Lei nº 12.846/2013 ou a também chamada de Lei Anticorrupção é um modelo desta medida de solução para o combate da corrupção.

A Constituição Federal possui em seus artigos a descrição da garantia dos direitos fundamentais, então, quando há a corrupção na Administração Pública, no Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e na sociedade, isso é um desrespeito a probidade desses setores. As leis são criadas para combater a corrupção e para propagar que continue sendo mantida a garantida da higidez desses setores.

“Isso é satisfeito pelo já mencionado direito em face da jurisdição civil, visto que ele exige que os princípios constitucionais sejam levados em consideração “na medida do exigível”. (Alexy, 2008, p. 537).

A corrupção destrói esses princípios fundamentais desses setores, por isso que é importante que tenha-se as leis, como por exemplo, a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade.

A Lei Anticorrupção ou Lei de nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013, pune não somente o dano material à administração como também qualquer lesão ou violação à moralidade administrativa havendo ou não prejuízo no sentido econômico.

A Lei Anticorrupção representa um importante avanço para os seguintes setores: a Constituição, a sociedade, o Poder Público, a Administração Pública, a política, a ética e moral. A mesma prever a responsabilização objetiva⁴ (que é baseada em um primórdio constitucional do art. 37, §4)⁵.

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. (Site do Planalto, online, 2023).

A Lei Anticorrupção foi uma colaboração do Poder Legislativo, este tem a função típica de elaborar as leis, para atender os interesses sociais, econômico-financeiros, dentre outros, e desta maneira, busca resolver os conflitos e problemas que afetam uma sociedade.

O Poder Legislativo ao criar às leis contribui para manter os princípios constitucionais, a higidez da Administração Pública, das políticas públicas e demais valores sociais.

“A lei é um dos elementos de um dispositivo global de luta”. (Delley, 2004, p.118).

⁴ A responsabilidade objetiva é válida tanto no âmbito civil, quanto no administrativo de empresas (nacionais ou estrangeiras) que pratiquem atos lesivos contra a Administração Pública.

A lei é criada para proteger o povo, o Poder Público, a Administração Pública e restabelecer a ordem social e do Estado. Ela serve para continuar a manter a ordem do Estado Democrático de Direito e a paz social. E foi isto que representou a Lei nº 12.846/2013 ou Lei Anticorrupção: a luta para combater a corrupção no Brasil em todos os setores possíveis.

A lei quando é criada pode influenciar em vários setores, como por exemplo, organizar os direitos e deveres, os quais uma sociedade deve basear-se, além disso, contribui para a população tornar-se cada vez mais coerente em seu comportamento social.

Uma legislação ajuda a conduzir um povo, porque ela descreve o que o mesmo clama ou precisa, mantendo sempre os valores constitucionais em sua elaboração. A Lei de Improbidade Administrativa é um desses exemplos, pois a mesma foi criada para poder amenizar os atos corruptos que ocorrem na Administração Pública. Esta lei tem como uma de suas principais funções disseminar a boa hígidez nos atos administrativos.

A Lei de Improbidade Administrativa é uma exigência constitucional de garantia para manter a hígidez da Administração Pública. Ela serve para combater os atos corruptos, que podem ocorrer no setor público administrativo. A mesma abrange princípios constitucionais e administrativos como: a razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, legalidade, moralidade, segurança jurídica, impessoalidade⁶, boa fé e tantos outros.

Os princípios administrativos são desrespeitados quando acontece a corrupção na Administração Pública.

A Administração Pública é regida por vários princípios como a: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const.art.37). Outros também evidenciam-se na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público. (Morais, 2005, p.105).

Lei de Improbidade Administrativa⁷ aliada a Constituição Federal visa punir os atos de corrupção cometidos pelos agentes públicos. Esta lei é uma exigência constitucional para manter a hígidez da Administração Pública, e o direito administrativo a aplica para garantir os fundamentos e garantias dos direitos fundamentais (tanto os constitucionais, quanto os administrativos).

O Direito Administrativo é o instrumento para assegurar o respeito à cidadania, aos direitos dos administrados, à legalidade e aos princípios constitucionais. Sem dúvida é instrumento vital para o combate à corrupção, pois, prega e exige um permanente controle da legalidade, dos princípios e da própria Administração Pública, pontos imprescindíveis para a real configuração do Estado de Direito, para a indispensável segurança jurídica e o

⁶ Impessoalidade ou Princípio da Impessoalidade estabelece um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo as discriminações, as perseguições e os privilégios (ou favoritismos), os quais muitas vezes são incorporados indevidamente a particulares no exercício da função administrativa. Segundo a excelente conceituação prevista na Lei do Processo Administrativo trata-se de uma obrigatória “*objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades*” (art. 2º, parágrafo único, III, da Lei n. 9.784/99). (Mazza, 2019, p.177). Então, quando o Princípio da Impessoalidade não é respeitado e nem empregado nas políticas públicas, isto é considerado um ato de corrupção para o Estado, à Administração Pública sociedade e à Constituição Federal.

⁷ A Lei de Improbidade Administrativa com seus princípios, utiliza-se de valores descritos nos artigos da Constituição Federal (art.1º ao 4º e 37) para combater a corrupção na Administração Pública.

sempre desejado e perseguido desenvolvimento político, econômico e social da nossa Nação. (Lopes, 2016, p.9).

A partir do momento que atos de corrupção são cometidos por representantes do Poder Público ou agentes públicos, esses princípios constitucionais e administrativos são violados e afetam a Constituição, a Administração Pública, a sociedade, o interesse público e etc. As sanções determinadas pela Lei de Improbidade Administrativa podem ser muitas, dentre algumas delas temos: a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, o ressarcimento ao erário, a indisponibilidade dos bens e etc.

O direito administrativo serve para aplicar a Lei de Improbidade Administrativa e muitas outras leis, para assim garantir os valores constitucionais e administrativos, isso na prática pode ser visto, no melhor direcionamento dos administrados, no combate a corrupção nos setores administrativos, na fiscalização das atividades e das funções da Administração Pública, no aperfeiçoamento das políticas públicas e etc.

A importância do combate da corrupção pode ser visto no Princípio da moralidade administrativa. Este princípio representou o reflexo da preocupação em querer manter uma ética na Administração Pública, para combater a corrupção e a impunidade, que infelizmente existe neste setor público.

Pelo princípio da moralidade administrativa, de difícil conceituação doutrinária, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade; deverá ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1998, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública. A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como vetor da atuação da Administração Pública, igualmente consagrou a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público amoral ou imoral. (Morais, 2005, p.101).

Com essa inserção do princípio da moralidade administrativa na Constituição Federal, a exigência de moralidade estendeu-se por toda a Administração Pública e passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos.

De outro lado, há a tendência também bastante forte, calcada no direito positivo e na Constituição, que defende maiores limites à discricionariedade administrativa, exatamente pelo fato de que a sua atuação tem que ter fundamento na lei, mas também tem que observar os limites impostos pelos princípios e valores adotados explícita ou implicitamente pela Constituição. Hoje a discricionariedade é limitada por princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, segurança jurídica, sem mencionar os valores inseridos nos artigos 1º a 4º da Constituição. A tal ponto vai a importância dos princípios que a sua inobservância caracteriza ato de improbidade definido no artigo 11 da Lei no 8.429, de 2-6-92. São princípios e valores que devem ser observados pelo legislador e pela autoridade administrativa e que, em consequência, podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, seja para decretar a inconstitucionalidade de leis, seja para declarar a nulidade de atos administrativos. (Di Pietro, 2017, p.59).

A corrupção é um ato ilegal, imoral, conforme observa-se nos ditames dos princípios da Administração Pública e da Constituição Federal.

A corrupção afeta a moral constitucional e administrativa quando não atende ao que a lei descreve. Os atos de corrupção ferem os princípios e as regras estabelecidas na lei, nos costumes e valores de uma sociedade. A corrupção significa não ir ao encontro do estabelecido pela legalidade, pelos parâmetros normativos e outros princípios.

O COMBATE À CORRUPÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Se não houvesse a corrupção, o art.3º da CF seria mais bem eficaz em ser aplicado na sociedade brasileira:

“Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”... (Site do Planato, online, 2023).

Quando há corrupção em setores como: nos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), na sociedade, no Estado Democrático de Direito, quem é mais afetado e sofre com as consequências desses atos corruptíveis é o povo. Por isso, é tão importante para a coletividade e a Constituição Federal que haja a redução à corrupção.

Quando há corrupção, não há como atingir-se os objetivos fundamentais elucidados no art.3º da Constituição Federal, como iremos alcançar “*a construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”, se alguém está tendo vantagens?

Não existe sociedade justa, quando a moralidade administrativa está sendo afetada com atos de corrupção (estes podem ser praticados por representantes ou agentes do poder público) como peculato (art.312 do CP), concussão (art.316 do CP) e corrupção passiva (art.317 do CP).

Com a corrupção há o aumento da pobreza e da marginalização, além do crescimento das desigualdades sociais e regionais.

Uma nação não terá desenvolvimento nacional se existir atos de corrupção. Ou seja, a corrupção contribui para à falta de cidadania, de dignidade humana na sociedade e em outras áreas, sejam elas: na saúde, na educação, na infraestrutura de um país, na administração, política, meio ambiente de um Estado e etc.

Há tarefas constitucionais ('princípios') 'úteis aos direitos fundamentais', às quais (ainda) não corresponde qualquer direito subjetivo". Com isso, Häberle expressa, de forma concisa, o que muitos querem dizer quando classificam o problema dos direitos fundamentais sociais primariamente como um problema de meros deveres objetivos do Estado. Aqui basta mencionar Hesse, que fala de uma obrigação positiva do Estado de "fazer de tudo para realizar os direitos fundamentais, mesmo que não haja para tanto um direito subjetivo do cidadão". Dessa maneira, o legislador receberia, "dos direitos fundamentais, 'diretrizes e impulsos". Contudo, disso não seria possível concluir, em geral, "uma obrigação concreta dos órgãos estatais para tomar determinadas medidas", o que significa que o controle judicial encontraria aí os seus limites. (Alexy, 2008, p.517).

A corrupção desrespeita os princípios constitucionais, os direitos e garantias fundamentais de um povo, de uma sociedade. Por isso, o Estado através de seu Poder Público (Legislativo,

Executivo e Judiciário) precisa combater a corrupção no país. Esta é uma das exigências da Constituição Federal.

Reduzir à corrupção é um mandamento constitucional e é o princípio da legalidade no sistema jurídico, cujo contribui para que tenhamos o nosso Estado Democrático de Direito, aquele que está consagrado no preâmbulo e no caput do artigo 1º da CF.

O princípio da legalidade é importante para a Constituição Federal Brasileira, porque ele passou a abranger outros valores constitucionais, como o da razoabilidade, da boa-fé, da moralidade, da economicidade e tantos outros princípios consagrados.

Diminuir a corrupção no país é promover diversas vantagens para a coletividade, dentre elas: a segurança dos direitos e das garantias fundamentais, dos direitos individuais e coletivos, a melhor distribuição dos recursos para a educação e saúde e assim ajudaria a melhorar muitos outros princípios constitucionais.

“Cidadania é a consciência que o indivíduo tem do direito a ter direitos”. (Nalini, 2010, p. 203). Quando há corrupção, os cidadãos são usurpados de muitos direitos, mas a Constituição Federal⁸ é uma ferramenta do direito constituinte originário, o qual serve para resguardar os direitos adquiridos do povo.

Os detentores de cargo público não são donos da Nação, porém mandatários do povo. Como tal, precisam prestar contas de seus atos. Os organismos estatais existem para atender ao interesse coletivo, não ao interesse grupal ou setorizado. (Nalini, 2010, p.204).

O Poder Público é custeado pelo povo. No parágrafo único, do art.1º da Constituição Federal há a seguinte enunciação: “todo o poder emana do povo...”

“Aqui, serve lembrar a feição democrática daquele disposto a enfrentar interesses poderosos para auxiliar na defesa de um patrimônio que não é só dele, mas é bem comum a todos”. (Nalini, 2010, p.203).

Os detentores de cargos públicos devem atender os interesses públicos do povo, a partir do momento que essa tarefa é violada, isto é um ato de corrupção e a Constituição Federal é o dispositivo utilizado para evitar, reduzir ou combater os atos corruptos destes agentes.

A corrupção somente seria eliminada se houvesse atos probos entre os indivíduos de uma sociedade, onde a coletividade estivesse acima do individual (mas isso é um mundo ideal).

O Poder Judiciário também é incumbido da tarefa de combater a corrupção em sua área de atuação. Quando o magistrado faz a análise da conduta de um agente corrupto, isto não deixa de ser uma forma de julgar e contribuir para reduzir os atos corruptos na Administração Pública e no Poder Público.

Além disso, a higidez do Poder Judiciário⁹ está presente quando mantém-se o princípio da imparcialidade do juiz, ou seja, o juiz não deixa as suas inclinações políticas influenciarem em seus

⁸ A Constituição brasileira com seus princípios, garantias e fundamentos é um manual para reduzir à corrupção.

⁹ A higidez do Poder Judiciário segue as exigências constitucionais dos princípios, das garantias e dos fundamentos positivados.

processos (há um controle da politização) e assim o ordenamento jurídico é respeitado e continua dentro dos ditames da exigência constitucional.

LAVA JATO

A Lava Jato foi vista em todo o mundo como uma força positiva e revolucionária da democracia brasileira em tentar combater a corrupção. A mesma teve grandes repercussões midiáticas, porque foi uma operação investigativa, a qual alcançou poderosos políticos e empresários¹⁰, que cometeram atos de corrupção.

“É a ideologia do direito à eliminação do “inimigo interno”, cultivada à margem do regime democrático, que deságua na Operação Lava Jato”. (Gonzaga e Nassif, 2020, p.27).

A Lava Jato foi aclamada por muitos, devido ter conseguido alcançar os epicentros dos poderes empresariais, políticos e jurídicos brasileiros. Ela estava eliminando os “inimigos internos” da democracia. Por causa dela, houve uma maior visibilidade sobre a função de muitas entidades, órgãos e poderes, que ainda lutam para reduzir à corrupção, como a Polícia Federal (PF), os Ministérios Públicos, as Procuradorias dos entes federativos, os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário, Poder Legislativo, a OAB e demais órgãos de defesa dos Estados.

A Controladoria Geral da União (CGU)¹¹ é um dos órgãos, o qual tem a função de combater à corrupção. E isso ficou em evidência na Operação Lava Jato.

A CGU desenvolve e executa as atividades de inteligência, com a produção de informações estratégicas e muitas delas são obtidas por meio de investigações.

O Tribunal de Contas da União (TCU) também foi outra entidade que contribuiu na Operação Lava Jato. Em janeiro de 2016, foi criada a **Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SEINFRA Operações)** e em 2017, criou-se **Secretaria de Relações Institucionais de Controle no Combate à Fraude e Corrupção (SECCOR)**, ambas tinham como função específica combater à fraude e corrupção.

A **Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SEINFRA Operações)**¹² ficou responsável pela articulação com outros órgãos de controle para assim continuar a combater a corrupção.

O Tribunal de Contas da União (TCU)¹³ mostrou que tem a função de detectar às fraudes e os atos de corrupções, os quais podem ocorrer em qualquer atividade de fiscalização. O interesse deste órgão é aprimorar a gestão pública¹⁴.

¹⁰ Os políticos e empresários foram julgados e responsabilizados pelos seus atos, receberam as punições e sanções cabíveis.

¹¹ A Controladoria Geral da União atuou em diversas deflagrações de operações especiais em conjunto com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal.

¹² A função desta secretaria era fazer o intercâmbio com outras instituições de controle, cuidar das fiscalizações na área de infraestrutura (principalmente naquelas que estavam nas vistas da Operação Lava Jato).

A contribuição da Operação Lava Jato não é inovadora, apenas cumpriu-se os preceitos constitucionais, mas, por causa desta investigação foi possível escancarar atos como: os desvios de verbas e a má aplicação dos recursos públicos federais em todo o Brasil, que infelizmente ocorrem devido a conduta dos representantes do poder, empresários e outros envolvidos.

Alguns órgãos atuantes em tentar reduzir a corrupção são: a Controladoria-Geral da União (CGU), o Congresso Nacional, a Advocacia-Geral da União, as Controladorias dos Estados, a OAB, os Tribunais de Contas, os Ministérios Públicos, a Polícia Federal e o STF.

A mídia é fundamental para informar e veicular notícias. E a mesma contribuiu bastante ao divulgar a Operação Lava Jato. O assunto da corrupção tornou-se um assunto mais acessível à população por causa destes canais.

“Todos os grandes meios de divulgação possuem setores especializados em divulgação”. (NALINI, 2010, p.205).

Foi na época da Operação Lava Jato que surgiu a Lei Anticorrupção¹⁵ e o termo Acordo de Leniência.

Acordo de Leniência é um instrumento jurídico, o qual busca facilitar ou agilizar as investigações que tenham atos de corrupção, crimes e fraudes de natureza civil e administrativa.

O Acordo de Leniência foi criado para conseguir ressarcir o erário, ou seja, recuperar os prejuízos advindos da corrupção aos cofres públicos.

O Acordo de Leniência é aplicado tanto para as pessoas jurídicas, quanto para as físicas. Ele permite que qualquer uma dessas pessoas possa admitir a culpa, ao cometer corrupção. Com a colaboração, há benefícios, como: a diminuição da punição recebida, a extinção de embargos, a redução de multa e etc.

CONCLUSÃO

A corrupção é o inimigo interno que tira a dignidade humana do povo brasileiro e causa a pobreza de milhões, afetando o regime democrático mencionado na Constituição Federal.

Se os Poderes Públicos, os representantes, a coletividade, a Administração Pública buscassem seguir os princípios, as garantias e os fundamentos da Constituição Federal, o nível de corrupção no país poderia reduzir drasticamente ou até chegar ao fim.

Mas, mecanismos estão sendo elaborados para ajudar a diminuir os atos de corrupção, porém, enquanto houver a conduta humana de pensar em si e não na coletividade, a corrupção existirá. A Lei

¹³ A sua contribuição com outros órgãos de controle ajudou na busca por indícios e provas, que levaram à punição dos agentes públicos e empresas mal-intencionadas como foi comprovado pelo Poder Judiciário e noticiado na mídia.

¹⁴ O aprimoramento da gestão pública somente será alcançado quando houver o fim das fraudes e da corrupção.

¹⁵ A Lei Anticorrupção baseou-se no artigo 37, § 4º da Constituição Federal. Mostrando assim, que a Operação Lava Jato não é uma investigação inovadora, apenas aconteceu o que deveria ocorrer, se a CF fosse colocada mais em prática pelos cidadãos, Poderes Públicos e políticas públicas.

Anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa buscam punir os agentes ímprobos, vedar os comportamentos e as práticas usuais de corrupção.

Órgãos como a OAB, os Tribunais de Contas, as Procuradores dos entes federativos, os Ministérios Públicos e muitos outros estão constantemente aprimorando as suas táticas em combater a corrupção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BADR, Eid. *Hermenêutica constitucional: temas polêmicos*. Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da UEA: mestrado em Direito Ambiental. Manaus: Editora Valer, 2020.

Constituição Federal. Site do Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consultada em: 19 set. 2023.

Controladoria Geral da União. *Combate a corrupção*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/combate-a-corrupcao>. Consultado em: 01 jun. 2022.

DELLEY, Daniel Jean. *Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico*. ad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 101-143, jan./jun.2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DUARTE, Letícia. *Vaza Jato: os bastidores das reportagens que sacudiram o Brasil*. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Mórula, 2020.

GONZAGA, Eugênia Augusta. NASSIF, Luis. *Da (não) justiça de transição à lava jato*. 1ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

LOPES, Meirelles Hely. FILHO, Burle José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MAGRO, Maíra. *Conceito de corrupção pode mudar no Supremo*. 2017. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/531110/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>. Consultado em: 27 abr. 2022.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MILEK, Camila. RIBEIRO, Ana Júlia. GONÇALVES, Mírian. FILHO, Wilson Ramos.

NASSIF, Maria Inês. FILHO, Hugo Melo. **Relações indecentes**. 1ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NALINI, Renato, José. **Ética Ambiental**. 3ª ed. Campinas – SP: Millennium, 2010.

NETTO, Vladimir. **Lava Jato**. – 1ª ed. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

PINOTTI, Maria Cristina. **Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas**. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019.

Tribunal de Contas da União. **Combate à fraude e corrupção**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/combate-a-corrupcao>. Consultado em 01 jun. 2022.

PARADOJA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES Y SUS IMPLICACIONES¹

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho²

Johnatan Abril Huérfano³

RESUMEN: Este artículo de investigación pretende dar una contextualización sobre las normas constitucionales inconstitucionales, las cuales están presentes en muchos ordenamientos jurídicos especialmente en Latinoamérica por consiguiente este artículo se va a mencionar todo lo que implica que estas normas estén en el ordenamiento jurídico. En un primer momento se conceptualizará que son las normas constitucionales invalidas, donde este término surge por primera vez con la obra de Otto Bachoff, con el fin de entender porque estas están presentes en la constitución, si muchas veces son contrarias a la misma.

En un segundo momento se contextualizará el papel que representa la jurisprudencia y la doctrina, relacionado con las normas constitucionales inconstitucionales y por que estas tienen una presunción de validez, de igual manera es claro que la obra de Otto Bachoff se encuadra en un momento de la historia muy difícil para Alemania, debido a que ya había pasado por dos guerras mundiales en las cuales había sido claro perdedor, pero además fue un estado que violó toda norma con el fin de cometer actos lesivos contra la dignidad humana, justificado desde el punto de vista legal del ordenamiento jurídico que había en ese momento, dejando de lado algo muy importante a la hora de ejercer la justicia, lo cual son los valores y principios que tiene un juez, por ende tiene conciencia a la hora de dar una decisión.

Teniendo en cuenta lo anterior, es casi obligatorio hablar de la norma superior en este ordenamiento jurídico, es decir, la constitución esta juega un papel importante a la hora de entender porque existen esta clase de normas constitucionales inconstitucionales, por ende, se tiene que hacer una identificación de lo que es una constitución formal o escrita y una constitución material, esto va ligado con la explicación del derecho meta positivo, ya que este derecho puede estar en la constitución o no, pero al estar presente solo se toma de forma constitutiva. Lo anterior ayudara ver la constitución con otros puntos de vista y no solo como un conjunto de preceptos jurídicos, sino que es mucho mas complejo a la hora de su aplicación.

Por ultimo y no menos importante se identificarán todas las distintas posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales, entre las cuales se pueden mencionar algunas como la infracción de la constitución escrita y la contradicción del derecho constitucional no escrito. De igual manera se mencionará las limitaciones de la constitución escrita y de la competencia judicial de control, finalizando por dos situaciones como lo son el monopolio de decisión sobre la pérdida de vigencia de estas normas y la inexistencia de un monopolio sobre la adecuación con el derecho de la ocupación.

PALABRAS CLAVE: Derecho meta positivo, constitución, tribunal, valores, principios e inconstitucionalidad.

ABSTRACT: This research article aims to provide a contextualization of unconstitutional constitutional norms, which are present in many legal systems, especially in Latin America, therefore this article will mention everything that implies that these norms are in the legal system. At first, it will be conceptualized

¹ Recebido em 18/10/2023 e aprovado em 18/03/2024.

² Doutorado em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade Federal do Pará, Brasil(2005), Professor adjunto da Universidade do Estado do Amazonas , Brasil

³ Graduação em Direito pelo Fundación Universitaria Juan Castellanos , Colômbia(2021)

that they are invalid constitutional norms, where this term arises for the first time with the work of Otto Bachoff, in order to understand why these are present in the constitution, if many times they are contrary to it.

In a second moment, the role that jurisprudence and doctrine represents will be contextualized, related to unconstitutional constitutional norms and why these have a presumption of validity, in the same way it is clear that the work of Otto Bachoff is framed in a moment of the very difficult history for Germany, because it had already gone through two world wars in which it had been a clear loser, but it was also a state that violated every rule in order to commit harmful acts against human dignity, justified from the point of view of legal view of the legal system that existed at that time, leaving aside something very important when it comes to exercising justice, which are the values and principles that a judge has, therefore he has conscience when making a decision.

Taking into account the above, it is almost obligatory to speak of the superior norm in this legal system, that is, the constitution plays an important role when it comes to understanding why this type of unconstitutional constitutional norms exist, therefore, it must be done an identification of what is a formal or written constitution and a material constitution, this is linked to the explanation of the meta-positive right, since this right may or may not be in the constitution, but since it is present it is only taken in constitutive form. The above will help to see the constitution with other points of view and not only as a set of legal precepts, but it is much more complex when it comes to its application.

Last but not least, all the different possibilities of unconstitutional constitutional norms will be identified, among which some can be mentioned such as the infringement of the written constitution and the contradiction of unwritten constitutional law. Likewise, the limitations of the written constitution and the judicial control competence will be mentioned, ending with two situations such as the monopoly of decision on the loss of validity of these norms and the nonexistence of a monopoly on the adaptation with the law. of the occupation.

KEYWORDS: Meta positive law, constitution, court, values, principles and unconstitutionality.

INTRODUCCIÓN

Este artículo presenta la relevancia que tiene la obra de Otto Bachoff "normas constitucionales inconstitucionales" y las implicaciones que pueden surgir en el ordenamiento jurídico en presencia de las mismas, sin antes dar una conceptualización de que es una constitución y cuando esta se entiende de manera escrita o formal y de manera material, igualmente es menester las violación o infracciones que se pueden presentar en la constitución escrita, además de mencionar las contradicciones de la constitución no escrita. Donde surge un gran problema o incógnita que radica en la presunción de estas normas y porque existen en la constitución si bien son formalmente constitucionales, pero a la vez son materialmente inconstitucionales.

Existen distintas posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales, entre las cuales se pueden mencionar algunas como la infracción de la constitución escrita, la inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales, seguido por la inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional y la inconstitucionalidad de normas constitucionales por contradicción de normas constitucionales de rango superior. y en un segundo momento se hará conceptualización de la contradicción del derecho constitucional no escrito, donde se puede mencionar inconstitucionalidad por la lesión de los principios constitutivos no escritos del texto constitucional, la inconstitucionalidad por la contradicción del derecho constitucional

consuetudinario, la inconstitucionalidad (invalidez) por la contradicción del derecho meta positivo no positivado, entre otras posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas).

Por último, se ha de mencionar que el presente artículo de investigación se basa en una metodología con un enfoque cualitativo a partir de los métodos inductivo-deductivo, toda vez que a partir de las distintas implicaciones de las normas constitucionales inconstitucionales se dedujo la contextualización de disposiciones que ayudaran a entender de una mejor manera porque estas están presentes en la constitución. Así mismo, se utilizó el método analítico- sintético atendiendo en un primer momento a la recolección y análisis de la información documental necesaria para la construcción del artículo y posteriormente el uso de la síntesis permitió la delimitación de los puntos a desarrollar en el artículo de investigación.

PARADOJA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES Y SUS IMPLICACIONES

Las normas constitucionales inconstitucionales a simple vista se puede interpretar como un tema contradictorio y complejo, lo cual puede ser verdadero o falso desde el punto de vista que se mire, sin embargo, este concepto se puede resumir en que es el dejar de lado el positivismo, pasando por adoptar el concepto de constitución de una manera formal, esto no quiere decir que se adopta una postura iusnaturalista, sino que se empieza dar relevancia a temas como los valores fundamentales por encima de la norma escrita. (BACHOFF, 2010)

Por lo tanto, estas normas constitucionales inconstitucionales tienen una presunción de constitucionalidad, pero en el fondo son contrarias a la constitución, lo que da como resultado una inconstitucionalidad para que no vea afectada en su integridad dicha constitución, esto se ve reflejado en los principios y valores fundamentales, debido a que estos se deben considerar más relevantes que los preceptos constitucionales. (BACHOFF, 2010)

Lo anterior, refleja que hay una posibilidad de que en el texto constitucional se encuentren normas inconstitucionales, lo que conlleva a que se tiene que dar una concepción diferente a este término llamado constitución, es decir, la existencia de un derecho supralegal tiene un carácter declarativo y al ser vulnerado representa una infracción a la constitución y por ende es inconstitucional. (BACHOFF, 2010)

Continuando con las normas constitucionales inconstitucionales tiene que verse el pronunciamiento que hay en la doctrina y en la jurisprudencia, cuando se hace mención a la constitución escrita es esta de manera formal por ende cualquier ley contraria a esta se considera infractora, en ese momento se tiene que hablar de la jurisprudencia, debido a que si un tribunal quiere decretar inválida una norma constitucional, puede hacer solo y solo si contradice los principios fundamentales (BACHOFF, 2010). Lo anterior crea un paradigma puesto que es difícil pensar que una norma constitucional puede contradecir al texto constitucional, es decir, [...] "si una norma constitucional puede llegar a ser examinada por los

tribunales debido a una lesión del derecho meta positivo a la igualdad (o perteneciente al derecho a la ocupación), y desi la declaración de una contradicción tal pudiera traer como resultado la ineficacia jurídica". (BACHOFF, 2010, p.37-38)

Por otro lado y dando un gran ejemplo, BACHOFF (2010) afirma que el artículo 131 es un claro ejemplo de una norma constitucional que va en contravía del texto constitucional ya que no esta alineado con los principios fundamentales del mismo, ya que habla sobre que se puede actuar en ciertos casos frente a los derechos fundamentales, es decir hacer una violación directa de los mismos, lo cual es inamisible sobre los principios de un estado de derecho, en este sentido el tribunal no podría pronunciarse sobre este tema, la única salida sería debatir sobre la validez de la misma, pero no se encuentra aprobado hacer un cuestionamiento de esta.

Sin embargo, para BACHOFF (2010) la norma constitucional puede ser contraria al derecho meta positivo, cuando se da un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales, debido a que estos tienen que ser parte importante en el orden constitucional, para esto se tiene hacer una distinción entre el derecho formal o escrito y el derecho material, donde el artículo 131.3 de la Ley Fundamental de Bonn no se puede aplicar, debido a que contradice las normas materiales de la constitución. Los principios fundamentales constitucionales son la piedra angular debido a que son elementales y constituyen un derecho precedente, por otro lado, el principio de estado de derecho y el principio de la igualdad son imprescindibles para el buen desarrollo de la personalidad humana, por ende, no se puede enjuiciar la constitucionalidad de leyes simples, solo por la validez de una norma constitucional. (BACHOFF, 2010)

Teniendo claro el papel fundamental que tiene la jurisprudencia, tiene que mencionarse la doctrina, según BACHOFF (2010, p.42-43)

Las posiciones doctrinales se encuentran igualmente divididas, aunque aquí se halla representada comparativamente con una mayor intensidad la pretensión de determinar el parámetro de constitucionalidad apoyado en una concepción material de Constitución, y también la de extender la competencia de control jurisdiccional a la adecuación de las normas solo formalmente constitucionales con el derecho constitucional material, y en parte también al derecho meta positivo.

El debate que se centra en que el artículo 131.3 donde un punto de vista habla sobre ver la constitución de una manera formal por ende este artículo se considera invalido por que contradice el derecho de ocupación, pero no afirma que esta es invalida debido a que es contraria a los principios constitucionales, esto demuestra que en un texto constitucional pueden converger también normas inconstitucionales, donde no se les puede ejercer un control por parte del tribunal competente. (BACHOFF, 2010)

Ahora bien, la existencia de las normas constitucionales inconstitucionales o también llamadas invalidas, tienen un control por parte de tribunal competente, el cual busca saber si esta ley esta en la misma línea que la constitución, al encontrar una respuesta negativa se induce que se tiene que declarar esta norma o ley como invalida, lo que conlleva a que no se respete de algún modo el derecho del constituyente, el cual es ejercido por el pueblo, todo lo anterior tiene algo en común y es que este control esta basado en reglas meta positivas lo que da como resultado que se viole la función de la jurisdicción constitucional. (BACHOFF, 2010)

Lo anterior quiere decir que esta jurisdicción tiene que basar sus consideraciones en las mismas normas constitucionales, por otro lado, está el derecho consuetudinario, el cual, pertenece a la parte material de la constitución, este puede servir como fuente del derecho constitucional. (BACHOFF, 2010)

El principio del derecho natural es altamente cuestionado debido a que es difícil de regular por parte de la norma ya que este es indeterminable, lo cual al dar una decisión por parte del tribunal que se debe regir por las normas constitucionales no se podría incluir el derecho natural, además este derecho en conjunto con otros valores como lo son los derechos fundamentales tiene una inclusión material. (BACHOFF, 2010) Lo anterior implica que [...]

“su sometimiento a la “Constitución” en el así entendido sentido y eximiría al titular de la competencia judicial de control de la tarea de aplicar sobre la norma objeto de control algo más allá o por encima de las reglas valorativas contenidas en la Constitución misma”. (BACHOFF, 2010, p.48)

En caso contrario hay una afirmación por parte de BACHOFF (2010), la cual versa sobre un control jurisdiccional sobre la constitucionalidad de la constitución, ya que esta sometida a algunas normas que se encuentran arriba de la misma, en un primer momento esta constitución se encuentra en un límite en el sentido que su eficacia aplicada en ciertas normas de naturaleza meta positiva, tiene una contravención la cual es limitar el poder del constituyente. Así mismo, el [...] “poder constituyente, se plantea pues la cuestión sobre la “constitucionalidad de la Constitución”, mientras que, si los defectos se circunscriben a una concreta disposición constitucional, la cuestión versa sobre la “constitucionalidad de una norma constitucional” (BACHOFF, 2010, p.49)

Por otro lado, para que haya una amplia jurisdicción en el sentido de un control de estas normas constitucionales, dan una restricción al juez al momento de negar o afirmar la constitucionalidad de alguna norma, pero del mismo modo el tribunal supremo si puede decidir sobre lo referente a negar la constitucionalidad de una norma, ya sea formal o material, ahora bien, el documento constitucional tiene el mismo rango que cualquier norma contenida en la constitución. (BACHOFF, 2010) Lo anterior se puede sintetizar de una manera concreta, [...] “Si la Ley federal anunciada el artículo 131 de la Ley Fundamental de Bonn no se aprueba dentro de un plazo aceptable, la disposición constitucional, que está concebida como norma transitoria, se convierte en una norma permanente, esta “mutación” constituye una inconstitucionalidad. (BACHOFF, 2010, p.51)

Ley Fundamental de Bonn, la cual se menciona en el párrafo anterior, esta integrada por derechos fundamentales y estos a su vez son un derecho aplicable, que constituye a todos los poderes del estado, principalmente al legislador y al constituyente, esto va conjuntamente dirigido al artículo 131 el cual va en contra vía de la constitución, pero a su vez hace parte integral de la misma, sin embargo, este artículo tiene poca relevancia a comparación de otros, ya que tiene una limitación temporal. (BACHOFF, 2010)

Según, BACHOFF (2010) el artículo 131 tiene una relevancia importante ya que su validez presenta dos contradicciones, la primera la cual presenta una inconsistencia, en lo referente al texto constitucional y la segunda que va en contra vía del derecho meta positivo, por ende, no se da la inconstitucionalidad, sino que se da, una no obligatoriedad de estas normas ya que contradicen al derecho. Por otro lado, se presentan manifestaciones por parte del parlamento entre las que se encuentran una posición

ius naturalista, la cual versa sobre que el juez no debe estar sujeto solo a la ley, sino que también tiene valor su conciencia a la hora de tomar una decisión, lo que da una independencia judicial, ya que si este lo considera puede ir en contra de las decisiones parlamentarias y así garantizar una justicia. (BACHOFF, 2010)

Lo anterior, representa un hito ya que garantice la no repetición de ciertas acciones, lo cual tiene que estar presidido según BACHOFF (2010, p.42-43) por tres circunstancias:

1. por la diferente utilización del concepto de Constitución y también, inevitablemente, del concepto de inconstitucionalidad; 2. por las diferentes interpretaciones sobre la existencia de un derecho metapositivo y, con ello, de la vinculación o de la libertad del constituyente; 3. por una insuficiente distinción de la cuestión jurídico-material sobre la validez de una norma jurídica —en concreto, de una norma constitucional— de la cuestión procesal sobre un correspondiente derecho de control judicial.

Teniendo lo anterior claro, según BACHOFF (2010) se presenta una gran diferenciación la cual tiene que ser explicada desde dos puntos de vista, y es la constitución en sentido formal y la misma en sentido material esto con el fin de admitir una existencia de normas constitucionales inconstitucionales, en un primer momento la constitución formal se puede definir con una la constitución escrita, la cual tiene ciertas características en su denominación, aprobación y reforma agravada. Por otro lado, se encuentra la constitución material que se encuentra integrada por un conjunto de normas las cuales a su vez regulan la constitución, pero también regulan funciones y competencias de los poderes que conforman el estado, es decir, este derecho constitucional material puede existir por fuera del derecho constitucional escrito siempre y cuando se respete la función del pueblo en este. (BACHOFF, 2010)

Continuando con el párrafo anterior, la constitución y el derecho meta positivo tienen una relación donde el último se puede encuadrar como derecho preestatal, esta se encuentra al momento que se incluyen valores metafísicos en la constitución, es decir, están reconocidos como derecho válido, mediante la positivación del derecho meta positivo solo se puede ayudar en la disputa que existe entre el derecho positivo y el meta positivo, pero por otro lado y no menos importante se tiene que tener en cuenta la obligatoriedad jurídica. (BACHOFF, 2010)

Para entender la constitución y su respectiva validez se tiene que hablar de legitimación bajo dos entendidos, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera [...] "positividad en el sentido de su existencia como plan y expresión de un poder eficaz y obligatoriedad en el sentido de la obligación de los sometidos a las normas jurídicas. (BACHOFF, 2010, p.61) Donde esta última, es decir la obligatoriedad solo existe cuando el legislador entra a reconocer los principios constitutivos guiados a evitar una corrupción de normas y a su vez garantizar una justicia real, en ese momento entra el derecho natural el cual es utilizado por el legislador cuando se presentan casos con gran dificultades y por ende de difícil decisión, esto como un principio regulador de la misma. (BACHOFF, 2010)

En sí, el derecho meta positivo es el recurso que tiene todo juez para optar a su conciencia o mejor dicho tomar una decisión sin estar basado en las normas sino en lo que dicta sus valores y principios, además que este revestido de validez, lo cual no se puede confundir con el derecho natural ya que existe una

obligatoriedad, por ende, al momento de tomar una decisión el juez tiene un amplio margen para desarrollar está a conciencia. (BACHOFF, 2010)

Ahora bien, hay distintas posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales donde en un primer momento se encuentra la violación de la norma escrita o formal, donde se puede mencionar la inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales, lo que se puede sintetizar en que es [...] "una norma constitucional concreta puede carecer de legalidad por el hecho de que solo esa norma no se adecue a las condiciones dispuestas para ella por la Constitución, como la ratificación por la voluntad popular". (BACHOFF, 2010, p.71)

Por otro lado, en la violación de la norma escrita o formal se encuentra la inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional, la cual versa sobre que siempre hay una ley presente en la constitución que sirve para reformar la misma, la cual podría considerarse inconstitucional pero que puede convertirse en un acto de poder constituyente mediante la confirmación de la voluntad general, es decir, la voluntad del pueblo como titular de este poder. (BACHOFF, 2010). En la subdivisión que representa la violación de la norma escrita o formal se encuentra la inconstitucionalidad de normas constitucionales por contradicción de normas constitucionales de rango superior la cual se puede describir de la siguiente manera donde se [...] "debe de excluirse también la posibilidad de admitir que la norma constitucional de rango superior contenga una positivación del derecho meta positivo, de manera que la norma de inferior rango carezca de obligatoriedad por la contravención de aquel derecho meta positivo. (BACHOFF, 2010, p.77)

Siguiendo la violación de la norma escrita se puede mencionar inconstitucionalidad a través de la "mutación de la naturaleza" de las normas constitucionales e invalidez sin decisión expresa, esto se da cuando una ley debido a un plazo de tiempo deja de tener validez por ende se vuelve inconstitucional solo en el momento que se cumple ese plazo, debido a lo anterior se genera una incógnita que radica en cuando la norma deja de ser aplicable porque esta fuera de vigencia o simplemente es inconstitucional. (BACHOFF, 2010).

Por ultimo y no menos importante se hace mención de la inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional meta positivo positivado no es otra cosa que la contraposición del derecho natural, debido a esto se pensaría que se configura como inconstitucional por el contrario se formula la posibilidad de que no sea vinculante, es decir, se puede aplicar ciertas normas en contra de las reglas a través de excepciones donde se considera como un derecho pre constitucional para evitar así la creación de nuevas normas. (BACHOFF, 2010).

Ahora bien, se tiene que hablar sobre una segunda parte que es igual de importante que la primera la cual ya fue sintetizada y mencionada anteriormente, se tiene que mencionar la contradicción del derecho constitucional no escrito la cual se puede considerar inconstitucional por que es un derecho constitucional material no escrito, debido a esto se desarrolla en tres apartados donde en un primer momento se tiene que hacer mención a la inconstitucionalidad por la lesión de los principios constitutivos no escritos del texto constitucional que no es otra cosa que tener en cuenta que si un estado es federal y se

reforma la constitución con el fin de tener un cambio a un sistema central sería contrario al principio constitutivo que es la unidad que representa este estado federal. (BACHOFF, 2010).

Por lo tanto, la inconstitucionalidad por la contradicción del derecho constitucional consuetudinario está en la integración de la contradicción del derecho constitucional no escrito como se puede apreciar en el siguiente párrafo:

Derecho constitucional no escrito pertenece, además, el derecho constitucional consuetudinario, y por eso una norma puede ser inconstitucional por la contradicción de dicho derecho consuetudinario. Sin embargo, esta posibilidad se excluye, de hecho, en el caso de las normas constitucionales. El derecho constitucional consuetudinario (no escrito) puede completar la Constitución escrita, en cuyo caso no es concebible la posibilidad de un conflicto entre el derecho constitucional escrito y el no escrito. El derecho consuetudinario no escrito puede sin duda desplazar también al derecho constitucional escrito, Sin embargo, a ello parece oponerse en todo caso en lo relativo al derecho federal el artículo 79,1 de la Ley Fundamental de Bonn, porque si una reforma constitucional solo puede llevarse a cabo mediante una ley formal de reforma del texto constitucional, con ello se excluye abiertamente toda posibilidad de una reforma constitucional mediante el derecho consuetudinario. BACHOFF (2010, p.87)

Para terminar, la contradicción del derecho constitucional no escrito se debe mencionar la inconstitucionalidad (invalidez) por la contradicción del derecho meta positivo no positivado el cual se tiene que partir desde el punto de vista de que este derecho tiene que ser reconocido en su totalidad y no parcialmente, esto partiendo del hecho de que la norma que contradiga este el derecho meta positivo no puede reclamar una obligatoriedad jurídica. (BACHOFF, 2010).

Ya mencionado la violación de la norma escrita formal y la contradicción del derecho constitucional no escrito, se tiene que hablar sobre que otras posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas) las cuales son imprescindibles debido que [...] "a pesar de que se encuentran fuera de la Constitución formal, materialmente forman parte del orden constitucional debido a su función integradora, y también especialmente su relación con las normas formalmente constitucionales sobre todo con las que solo poseen tal carácter". (BACHOFF, 2010, p.89). Con lo anterior se mostró las implicaciones y distintas posibilidades que pueden surgir en las normas constitucionales inconstitucionales.

Ahora bien, para estas normas constitucionales inconstitucionales hay una competencia jurisdiccional la cual es limitada por la constitución escrita debido a que en esta debe incluirse el derecho no positivo y también el conocido derecho meta positivo precedente [...] "en favor de una tan amplia competencia jurisdiccional de control, porque tampoco aquella literalidad prohíbe la subsunción bajo el concepto de "ley constitucional" de todo el derecho constitucional material meta positivo, pero tampoco obliga a una subsunción tal". (BACHOFF, 2010, p.93).

Por otro lado, se puede mencionar esta limitación desde la competencia judicial de control, esta no la creo el constituyente, sino que ya tenía sus precedentes en la doctrina y en la

jurisprudencia, la cual es un examen de legalidad y validez para esto da un monopolio al momento de dar la decisión por parte del tribunal, lo cual es bueno ya que no contradice la competencia de estos, es decir, esta puede ser vinculante dentro de un marco de control realizado en base constitución pero

también tiene que incluir al derecho meta positivo para que este tenga validez no solo a la norma constitucional sino otras normas. (BACHOFF, 2010).

Estos tribunales constitucionales tienen la potestad de ejercer control de constitucionalidad sobre las normas constitucionales en un sentido amplio de la validez de las mismas, esto da un gran poder debido a que cuando otros tribunales quieran negar la validez de una norma constitucional tendrán que solicitar una decisión del tribunal constitucional el cual tiene que ejercer el respectivo control (BACHOFF, 2010). Ahora bien, cuando este parámetro es una [...] " infracción del derecho meta positivo por parte de la norma controlada, ello no dispensaría de la decisión principal sobre el parámetro de control, y un tribunal constitucional apenas podría seguir el camino señalado por el Tribunal Supremo de dejar abierta la cuestión del parámetro." (BACHOFF, 2010, p.93).

Para finalizar la cuestión del monopolio de decisión del tribunal constitucional sobre la comprobación de la pérdida de vigencia de las normas constitucionales esto debido a un cambio en su naturaleza es mejor decir que hay una ausencia de vigencia la cual sería decidida por el tribunal competente que en este caso sería el constitucional, esto no se tiene que confundir con la inconstitucionalidad de la misma ya que la ausencia de vigencia por la pérdida de presupuestos debe ser por un plazo en el tiempo en el cual esta norma va a hacer válida o no. (BACHOFF, 2010).

Lo anterior, hace inevitable pensar que puede haber una antítesis es decir la inexistencia de monopolio decisorio por el tribunal constitucional todo esto frente al famoso llamado derecho de ocupación el cual según la ley fundamental de Bonn no permite contradicción, pero se ve desde el punto de vista del derecho meta positivo, este derecho de ocupación no se encuentra incluido en el texto constitucional. (BACHOFF, 2010). Mas importante se da un [...] " rechazo del derecho de la ocupación el hecho que los legisladores alemanes hayan prescindido de legitimar de ese modo resultado, permanece mientras perdure la existencia del derecho de la ocupación una laguna no colmada en el monopolio decisorio de los tribunales constitucionales. (BACHOFF, 2010, p.93).

CONSIDERACIONES FINALES

Las implicaciones que tienen las normas constitucionales inconstitucionales son importantes para entender porque estas están incorporadas en la constitución, por eso gozan de una presunta legalidad sin importar que estas van en contra del texto constitucional, por ende, se puede decir que esta norma es inconstitucional o invalida en el sentido material pero no en el sentido formal escrito.

Por otro lado, otra implicación es la concepción nueva para la constitución, ya que para ese momento de la historia su aplicación radicaba en aplicar la ley escrita sin objeciones, pero con la idea de las normas constitucionales inconstitucionales, se dio el poder al juez de dar su decisión no solo basado en las normas, sino que tiene que acudir a su percepción de moralidad teniendo en cuenta los valores y principios fundamentales que se ejercen en un estado de derecho.

Además, es bien sabido que la jurisprudencia juega un papel primordial al momento de tomar una decisión judicial, por ende, cuando surge el paradigma de las normas constitucionales inconstitucionales se da una abertura que se traduce como una contradicción la cual se debe resolver mediante los principios fundamentales.

Estos principios fundamentales son la piedra angular al momento de hablar de constitucionalidad debido a que constituyen un derecho presente, esto da como resultado que no se puede juzgar leyes simples solo por dar una validez a una norma constitucional.

Por otro lado, se sabe que el artículo 131 es el principal foco a la hora de entender que es una norma constitucional inconstitucional y cuando esta puede no ser acatada o cumplida debido a que presenta dos contradicciones ya sabe en su parte formal o en su parte como derecho meta positivo, lo que con lleva a entender que sea una no obligatoriedad a la hora de ejercer este artículo y la inconstitucionalidad desaparece y no tiene nada que ver con la decisión.

Finalmente la inconstitucionalidad se puede dar en varias situaciones ya sea haciendo una infracción directa a la constitución escrita o ejerciendo una contradicción en el derecho constitucional no escrito, lo realmente importante es ejercer justicia basado valores éticos y morales, ya que este fue el gran aporte y no solo ceñirse por la norma, la cual muchas veces va en contra vía de los derechos fundamentales.

REFERENCIA

BACHOFF, O. ¿Normas constitucionales inconstitucionales? (Álvarez, L. trad.; García, D., y Díaz, F., presentación) **Palestra Editores**, Lima, Perú. 2010. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32756.pdf> Acceso en: 12/09/2023

A PROVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA¹*PROOF IN CRIMES AGAINST TAX ORDER*Eduardo Silveira Frade²Geilson Salomão Leite³Thaciano Rodrigues de Azevedo⁴

Resumo: O Direito, enquanto Ciência, é uno, embora classificado em ramos para fins de didática. Tal classificação, todavia, não se prende à doutrina jurídica, mas alcança toda a sistemática processual. Neste sentido as provas, enquanto gênero de estudo, são abordados de maneiras diferentes face às peculiaridades própria de cada subsistema do Direito. O presente estudo, portanto, busca estabelecer um diálogo entre as provas em matéria processual tributária e direito processual penal, a fim de atentar a peculiaridades que deva observar o juízo criminal no que concerne à análise dos Crimes Contra a Ordem Tributária, especialmente na utilização e produção de provas tributárias no âmbito do processo criminal, compreendendo que os elementos transportados do processo tributários para o criminal não são neste qualificados como prova, devendo se submeter ao direito à prova criminal e seu regime jurídico e não serem, pois, apartados. Para tanto, desenvolve-se pesquisa de metodologia qualitativa, método de abordagem dialético e que tem no referencial teórico a principal fonte de pesquisa,

Palavras-chave: Provas; Crimes contra a Ordem Tributária; Processo Penal; Processo Tributário

Abstract: Law, as a Science, is unique, however classified in different ways to didactic order. The classification, nevertheless, is not concerned on doctrine, it seeks all the processual systematic. In this sense, proof, as genre of study, are approached in different ways face the peculiarities of each Law subsystem. The present study so seeks to enlance a dialogue between proof in tax processual and criminal process in order to comprehend the peculiarities that must observe the criminal judge when analyzing crimes against the Tax Order, especially in use and production of tax proof in criminal process, understanding that the element of the

¹ Recebido em 13/02/2024 e aprovado em 23/02/2024.

² Doutorando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos (FDMC), com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Especialista em Gestão de Cooperativas de Crédito pela Universidade de São Paulo (USP); Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (Unipê), onde foi discente pesquisador, monitor e bolsista de Iniciação Científica. Professor convidado da Pós-Graduação em Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), do Instituto de Ensino Superior da Paraíba (IESP), da Escola de Advocacia da Paraíba (ESA/PB) e das Faculdades Integradas de Patos (UNIFIP); Professor da graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), das Faculdades Três Marias (FTM) e da Escola de Ensino Superior do Agreste Paraibano (EESAP). Ex-professor da graduação em Direito da Faculdade Pitágoras-Campina Grande e da Uninassau - Campina Grande. Advogado sócio do Azevedo Frade Advogados. Conselheiro de Recursos Fiscais na Secretaria de Estado da Fazenda da Paraíba (Sefaz-PB). Instrutor em Cooperativismo no SESCOOP/PB; Sócio da ACBrasil Consultoria para Cooperativas. Membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB/PB e da Associação Brasileira de Direito Tributário (ABRADT).

³ Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Mestre e Doutor Tributário em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Advogado.

⁴ Mestre em Direito pelo IDP-Brasília; Pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET; Pós-Graduado em Direito Processual Civil; Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (2010). Advogado sócio do Escritório Azevedo e Frade; e Procurador do Município de João Pessoa, exercendo a função de Chefe Consultivo, desde 2015.

tax procedure is considered as a proof in the criminal procedure, so must be submitted at this law regime, not being separated. To do that research with a qualitative methodology, enhanced on the dialogic approach and being the theory referential as the main technique of research is made.

Keywords: Proof; Crimes against Tax Order; Criminal Process; Tax Process

INTRODUÇÃO

O sistema de direito positivo é formado por elementos, ditas normas jurídicas, que são construídas a partir de esforço intelectual do intérprete, que, atribuindo significação aos signos, os transforma em linguagem normativa – própria do direito – outorgando-lhes o sentido prescritivo de condutas humanas intersubjetivas.

A Ciência do Direito, por outro lado, se ocupada em atribuir sentido descritivo às normas de direito positivo, sendo um sistema próprio, funcionando como linguagem de sobrenível em relação ao último, mas que também cuida da construção de sentido normativo, não para prescrever condutas, mas para descrever sentidos que possam ser obtidos da norma que, por estar sujeito à diferentes e inesgotáveis interpretações, pode obter sentidos diversos.

Considerando a construção normativa no âmbito de um processo judicial ou de um procedimento administrativo, ter-se-á como objeto a análise da norma jurídica como ato decisório que ponha fim – ao menos pretensamente – aos interesses contrapostos, positivando uma conduta a ser obedecido por aqueles que a ela se submetam.

Para que o processo possa incursionar no evento fenomênico (intangível, porquanto já exaurido no passado), faz-se uso da linguagem das provas, única forma de tentar reconstituir o que aconteceu, para compreender a situação posta.

Em geral, o sistema probatório tem um regime próprio: sistema da persuasão racional do juiz, regras objetivas e subjetivas de ônus da prova, poderes instrutórios mais amplos ao juiz, maior possibilidade de aceitação de presunções etc.

No processo penal, contudo, acrescem à estes elementos algumas peculiaridades, eis que o regime de provas deriva, principalmente, de 2 (dois) pressupostos constitucionais: (i) a presunção de inocência; e (ii) o sistema acusatório. Deles se extrai o princípio do *nemo tenetur se detegere*, também dito princípio da não auto-incriminação, que tem importantes consequência práticas, especialmente o direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Com efeito, o presente estudo atenta à sistemática própria que deve respaldar a análise das provas tributárias quando no Processo Penal, em especial no que concerne à análise de crimes contra a Ordem Tributária.

Neste sentido, assume-se como hipótese de que a valoração da materialidade tributária não pode ser desprezada nos processos penais que tenham por objeto crimes contra a ordem tributária. Assim, busca, pois, responder o seguinte questionamento: os elementos, razões e argumentos que

fundamentam o processo tributário podem ser utilizados na esfera penal? Se sim, podem servir como prova deste, sendo-lhe, portanto, pressuposto para condenação?

Para atingir seus objetivos, o presente estudo, portanto, inicia-se a partir da reflexão acerca da separação e transposição do sistema processual tributária para o processo penal, versando, inclusive sobre o direito à prova no processo tributário e no processo penal.

Num segundo momento se discorrerá sobre garantias processuais relacionadas à prova criminal e, por fim, destacar-se-á o risco quando o juízo criminal não atentar às provas produzidas em âmbito tributário, considerando, todavia, as peculiaridades do âmbito processual penal, pelo que denominou-se de “armadilha processual”.

Para tanto, o presente estudo, vale-se de análise qualitativa, pautada no método de abordagem dialético, analisando maneiras pelas quais as provas são compreendidas no âmbito Tributário e Penal, a fim de alcançar-lhes um denominador comum em relação aos Crimes Contra a Ordem Tributária, tendo a pesquisa bibliográfica como principal fonte de pesquisa.

I DO PROCESSO TRIBUTÁRIO AO PROCESSO PENAL

Primeiramente, cumpre assentar a função instrumental do processo, de modo que processo nenhum pode ser visto como um fim em si mesmo. A máxima concretização do direito material violado é a missão das matérias adjetivas, seja o processo civil, penal ou tributário.

Quanto se trata da existência de um processo tributário, não se olvida que a fase judicial desse ramo do direito é norteada pelo Código de Processo Civil mesclado com as regras da Lei de Execuções Fiscais e outras legislações específicas.

A defesa da existência de um processo tributário reside justamente na especificidade do direito substancial, o que implica grandes temperamentos no processo civil geral, como leciona Paulo Cesar Conrado:

podemos definir direito processual tributário, observadas essas premissas, como resultado da associação de dois planos normativos: o processo geral e o especificamente material, representável pela ideia de legislação tributária geral – tal como definida pelo art. 96 do Código Tributário Nacional. (CONRADO, 2014, p. 8)

Adverte-se que o termo processo tributário também abrange o procedimento administrativo de impugnação das autuações fiscais, relação jurídico-administrativa regulada por leis especiais de cada ente tributante.

Tomando o giro linguístico como marco filosófico, pode-se assentar também que a linguagem descritiva das provas, no processo tributário, é marcada pela teoria da argumentação, ou seja, um processo dialético, no qual vence aquele que consegue convencer o julgador. Para tanto, as partes formularão diferentes normas jurídicas que entendam mais assertivas, apresentando seus fundamentos.

Competirá, então, à autoridade julgadora, decidir por uma dentre as diversas normas que lhe sejam apresentadas ou, ainda formular uma nova norma jurídica individual e concreta para a solucionar o caso.

É neste sentido, pois, que se argumenta que a argumentação no âmbito processual visa à persuasão, objetivando ao convencimento daqueles que estão submetidos. Argumentar, pois, é impor técnica à retórica, no sentido de que se possa atingir o convencimento das partes que, diante dos argumentos, passam a aceitar a decisão. Neste sentido, destaca Perelman:

argumentação é a técnica que nós usamos em controvérsias, quando nós estamos preocupados com criticar e justificar, objetar e refutar, perguntar e dar razões. É a argumentação que temos recorrido quando nós discutimos e deliberamos, quando nós tentamos convencer e persuadir, quando nós damos razões favoráveis e contrárias. (PERELMAN, 1980, p. 108)

Portanto, muito mais importante do que separar o sistema de provas em dispositivo ou inquisitório é assentar que no processo, em especial, tributário vence a melhor retórica. Tanto é verdade que a dogmática tributária convive tranquilamente com presunções e arbitramentos, técnicas de reconstituição indiciária de um fato jurídico tributário (presunção) ou do valor da operação (arbitramento), que podem ser desconstituídas por argumentação e provas apresentadas pelo contribuinte em sentido contrário.

Essas técnicas lastreiam grande parte das atuações fiscais no Brasil, culminando em processo administrativo tributário marcado pela inversão do ônus da prova. Ou seja, para identificação de supostas omissões tributárias, a autoridade fiscal estaria autorizada a valer-se de presunções, recaindo para o contribuinte o ônus de contrapô-las.

Assim, após a inscrição em dívida ativa, o sujeito passivo haveria de sobrepujar-se à presunção relativa de liquidez, certeza e exigibilidade do crédito tributário (art. 204 do CTN), gerando aquilo que denominamos de “jurisprudência probatória defensiva” na fase judicial.

Temos chamado de “jurisprudência probatória defensiva” a tendência de mero transporte (aproveitamento acrítico) dos levantamentos e estudos fiscais nos processos antiexacionais e nos processos de apuração dos crimes contra a ordem tributária – tudo isso sob o pálio da presunção relativa de certeza e liquidez do crédito inscrito. As razões desse fenômeno podemos sintetizar: (i) falta de capacidade institucional do Judiciário para a análise das complexas operações tributárias; e (ii) assoberbamento do Sistema de Justiça, que culmina no minimalismo das decisões e indeferimento de pedidos instrutórios da defesa.

Neste sentido, tem-se uma construção linguística materializada no direito tributário, mas que é utilizado no processo penal de maneira desmedida, que toma aquilo produzido em matéria tributária como se verdade fosse para, no processo penal, buscar prestar satisfações sociais, no afã de desestimular condutas.

Portanto caso, no âmbito do processo penal, não se atenha à técnica tributária, tem-se como consequência crise sistêmica, sobretudo à luz dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. Esse dilema entre a dogmática clássica e a adaptação às novas demandas da modernidade já foi identificado

no contexto de “expansão do Direito Penal” (SÁNCHEZ SILVA, 2002), impondo a esse ramo do direito o estudo interdisciplinar dos problemas que tem sido chamado a resolver.

Ou seja, não basta tomar como verdade aquilo que, sob o aspecto tributário, fora apresentado. Para satisfazer as exigências sociais se deve, no processo penal, discorrer, também, sobre a materialidade tributária, mesmo porque estas servem para a materialização das condutas tidas como crimes à ordem tributária e, portanto, não devem ser pressupostas sem o atento percurso às materialidades tributárias.

No contraditório judicial que envolve os crimes tributários, observa-se, em geral, uma falta de capacidade institucional do Sistema de Justiça em conhecer os complexos assuntos que envolvem as operações tributárias, valendo-se, pois, daquilo que fora apresentado em sede administrativa, na materialização de condutas tributárias, como suficiente à identificação dos crimes tributários.

Diante disso, no direito penal tributário, tem sido aceita a presunção relativa advinda da inscrição em dívida ativa para qualificar os fatos jurídicos tributários como crimes contra a ordem tributária. Isso reflete a necessidade de reestudar o tema das provas à luz do direito penal tributário, notadamente para reafirmar ou relativizar, se for o caso, as garantias fundamentais que permeiam a matéria penal.

1.1 O direito à prova no Processo Tributário e Penal

O transporte dos elementos de informação do processo administrativo tributário para o processo criminal deve respeitar todos os ditames do sistema acusatório e o princípio da presunção de inocência.

A construção valorativa de um elemento normativo do tipo penal é tarefa das mais importantes em um processo criminal que se pretende legítimo, notadamente quando se busca o transporte de institutos pertencentes a diferentes disciplinas. Neste sentido, a professora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara adverte:

Os problemas quanto à normatização surgem quando os elementos normativos do tipo remetem a normas jurídicas oriundas de setores com objetivos e princípios bastantes distintos daqueles presentes na esfera penal, cujo conteúdo não pode ser aproveitado automaticamente sem causar uma extensão arbitrária da investigação penal, ou quando sua compreensão exige uma concreção valorativa pelo intérprete a partir de regras extrajurídicas. (BECHARA, 2020, p. 27-28)

Assim, se é verdade que o direito tributário aceita que presunções materializem exigências tributárias, quando se trata de direito penal, notadamente nos tipos que expressem a supressão ou redução de tributo como tipo objetivo, a materialidade do crédito tributário precisa ser devidamente escrutinada à luz das garantias penais.

No tipo do art. 1º da Lei n.º 8.137/90, que enuncia “Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes

condutas (...)” o legislador tratou como elemento normativo o termo tributo, de modo que tudo que disser respeito a constituição do crédito tributário pode/deve ser debatido no processo penal.

Com efeito, a teoria de linguagem é de suma importância para a vertência de eventos em fatos jurídicos, notadamente dentro do processo tributário, que precisa atingir seu fim de forma mais objetiva. Contudo, dada a diferença dos marcos constitucionais de cada uma das matérias, quando se toma um fato por provado na seara tributária isso não quer dizer que a proposição, porque lá está provada, seja verdadeira. Uma hipótese fática pode resultar provada ainda que seja falsa.

O direito a prova, no processo penal, tem colorido diferente e conotação própria, por isso Gustavo Henrique Badaró faz temperamento ao giro linguístico aplicado no processo penal:

Sem ignorar os avanços do giro linguístico, principalmente o papel de intermediação entre a linguagem e a realidade, isso não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade. A realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados fáticos, no caso, da imputação penal ou da causa de pedir, no processo civil.

(...)

E, assim sendo, não se concebe um modelo justo de processo, em especial de natureza punitiva ou sancionatória, que não trabalhe com a verdade – ainda que inatingível – como fator de legitimação de seu resultado e critério de justiça. (BADARÓ, 2015, p. 2)

Nesse sentido, defende que o direito à prova somente se concretiza com um contraditório entre as partes, perante um juiz, porquanto “num processo de partes, o contraditório probatório deve constituir a única fonte de cognição para a jurisdição, não podendo haver outra fonte de conhecimento para a decisão.” (BADARÓ, 2015, p.3).

Não obstante as observações do autor se faz necessário destacar que as referências externas compõem a carga valorativa dos intérpretes da norma os quais atuam na determinação de sua linguagem, bem como na sua compreensão da realidade que o cerca⁵, mesmo porque, como observa Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 245), “a realidade, o mundo real, não é um dado, mas uma articulação linguística mais ou menos num contexto social”.

Portanto, o que até aqui foi dito é suficiente para assentar que o ordenamento jurídico brasileiro consagra o direito do acusado de produzir prova. Também no direito penal tributário o acusado tem esse direito subjetivo à prova, que inclui a garantia de ser ouvido, de introduzir material probatório, de influenciar na decisão e, sobretudo, a garantia de uma valoração judicial das provas produzidas no processo.

2 AS GARANTIAS PROCESSUAIS RELACIONADAS À PROVA CRIMINAL

⁵ Tomemos, por exemplo, o fruto manga. Para aqueles que o valoram positivamente, o significado que se formará é positivo, como tendo um sabor agradável. Aqueles que, todavia, não apreciam o sabor do fruto, atribuir-lhe-ão valoração negativa. Em ambos os casos têm-se, pois, um mesmo objeto de referência (suporte físico), entretanto, o significado construído será diverso para cada intérprete, face a significação que construíram, cada qual arraigada nos valores que carregue.

O direito à prova no processo penal pressupõe, ainda, o respeito a outros pilares do sistema acusatório e do garantismo penal. Todas as regras de julgamento previstas do Código de Processo Penal devem ser lidas sob o prisma da Constituição Federal, notadamente do princípio da presunção de inocência, o qual repele a inversão do ônus da prova tolerada no processo tributário. Nesse sentido leciona Aury Lopes Jr.:

norma probatória: no processo penal não existe “distribuição de cargas probatórias”, como no processo civil, senão mera “atribuição” de carga ao acusador (James Goldschmidt), de modo que a carga da prova é inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada). Como adverte ZANOIDE DE MORAES, a presunção de inocência como norma probatória “exige que o material probatório necessário para afastá-la seja produzido pelo órgão acusador de modo lícito e tenha conteúdo para incriminador. No cumprimento de seu ônus probatório a acusação deverá utilizar apenas de provas lícitas e voltadas a demonstrar a culpa do imputado e a materialidade da infração, em todos os seus aspectos. Esse significado da presunção de inocência é objetivo e antecede, por motivos lógicos, o seu significado de ‘norma de juízo’”. Não se admite, ainda, nenhum tipo de inversão de carga probatória, sendo censuráveis – por violadores da presunção de inocência – todos os dispositivos legais neste sentido. Mas não basta “qualquer” prova, é preciso que seja lícita, buscada, produzida e valorada dentro dos padrões constitucionais e legais. (LOPES Junior, 2020, p. 143-144)

Badaró (2008, p. 43) destaca que a presunção de inocência traduz, também, regra probatória, pois o estado de inocência somente pode ser infirmado se houver prova plena do cometimento do delito. Nessa perspectiva, a presunção de inocência veicula uma regra de juízo, que impõe ao Sistema de Justiça considere o acusado presumivelmente inocente e, como presunção que é, dispensa o destinatário de produzir prova nesse sentido. Ou seja, o estado de inocência independe de prova.

Disso surge um conflito aparente de normas quando o processo penal está a tratar um crédito tributário constituído pelo meio de presunção tributária. Estar-se-ia diante de duas presunções: aquela que produziu o auto de infração e a presunção de inocência. Pela hierarquia constitucional desta última norma (art. 5º, LVII, da CF), tem-se que a garantia penal vence a ponderação, aprioristicamente. Nesse sentido, defende Jardel Luis da Silva:

A presunção de inocência impõe que a carga da prova corresponda exclusivamente à parte acusadora e não à defesa, pois compete ao órgão acusador provar em juízo os elementos constitutivos da pretensão penal, realizando essa atividade probatória de carga necessária para desvirtuar a presunção de inocência. Diante disso, não se pode utilizar de presunções jurídicas que possam ocasionar a inversão da carga da prova, sob pena de infração à presunção de inocência. (SILVA, 2015, p. 65)

Corolário da presunção de inocência, tem-se também o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, da não auto-incriminação, indicando a impossibilidade de o acusado ser compelido a produzir provas contra os seus interesses.

Trata-se de um direito fundamental do acusado, previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição, que dispõe que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Nesse sentido, a carga probatória é, em regra, da acusação e o réu não é obrigado e contribuir com a formação da convicção do magistrado. Diversamente do processo civil, no processo penal o ônus probatório é da acusação; para a defesa a produção de provas é uma faculdade, cujo não exercício não pode ensejar prejuízo à parte. Assim, por força do *nemo tenetur se detegere*:

o que se pode exigir do acusado é a participação passiva nas provas, como no reconhecimento, a extração de sangue, entre outras. Nessa ótica, o acusado deverá tolerar a produção da prova, desde que não haja ofensa à vida ou à saúde. Mas não se pode exigir, em contrapartida, que ele participe ativamente na produção das provas (como ocorre na reconstituição do fato, no exame grafotécnico ou no etilômetro). Somente neste último caso haveria ofensa ao *nemo tenetur se detegere*, se o acusado fosse compelido a colaborar na produção da prova (QUEIJO, 2003, p. 316).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, ratifica o princípio do *nemo tenetur se detegere* no artigo 8, parágrafo 2, “g”, que dispõe que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se declarar culpado. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1776, estabelece que todo aquele que for acusado da prática de um crime não é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se confessar culpado (artigo 14, n. 3, “g”).

Portanto, além do direito à produção de prova, ao acusado, também nos crimes contra a ordem tributária, assiste o direito à presunção de inocência e o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Desse modo, na seara criminal, cabe ao órgão acusador um esforço probatório ainda maior, pois a dúvida deve militar em favor do acusado, segundo a lógica positivada nos incisos II, VI e VII do art. 386 CPP. Portanto, nos tipos penais materiais contra a ordem tributária (súmula vinculante 24), para os quais a constituição do tributo é elemento do tipo, a prova produzida em juízo deve indicar a inexistência de dúvida quanto à supressão ou redução do tributo.

A presunção legal do art. 204 do CTN não deve limitar a instrução criminal, notadamente quando se tratar de fato tributário que foi presumido face a eventuais omissões de colaboração do contribuinte com o fisco. Ou seja, se é verdade que o fisco pode arbitrar ou presumir fato tributário ante a ausência de apresentação de documentação, esse mesmo crédito tributário, por si só, não pode lastrear uma condenação criminal.

Se existir o mínimo de dúvida quanto à efetiva ocorrência de sonegação fiscal, o magistrado criminal deve absolver o acusado, ao invés de se acostar na presunção relativa de veracidade do crédito tributário, a qual é derrotada, no processo penal, pela presunção de inocência. Assim como o material produzido em um inquérito policial, o crédito tributário inscrito não tem natureza de prova, mas sim de mero elemento de informação, produzido em investigação preliminar.

Toda essa categorização já está muito madura quando se trata do crime apurado pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público: tudo que fora produzido na fase investigativa precisa ser confrontado no contraditório judicial. No direito penal tributário, tem-se olvidado da necessidade de um contraditório judicial efetivo, notadamente diante da complexidade das operações, que dependem muitas vezes de conhecimento de administração, contabilidade e economia.

Nesse contexto, repita-se, de jurisprudência probatória defensiva, a CDA (certidão de dívida ativa) transmuda-se em uma prova pré-constituída contra o acusado, categoria que não coaduna com as garantias probatórias do processo penal.

O transporte desses elementos de informação do processo administrativo tributário para o processo criminal deve respeitar todos os ditames do sistema acusatório e o princípio da presunção de inocência. Como corolário dessas garantias, incumbe à acusação demonstrar os elementos do tipo de sonegação, valendo-se de provas produzidas ou devidamente escrutinadas na fase judicial – lógica confirmada pela atual redação do art. 155 do CPP.

Assim, se, por exemplo, o crime investigado advém de um levantamento contábil realizado pelo fisco, o qual não concorda com a contabilidade apresentada pelo contribuinte, tem-se uma situação de perplexidade, posto que se o contribuinte lograr êxito ao afastar a presunção fiscal, não terá contra ele constituído um crédito tributário, o que seria elemento essencial para se tratar de crime de ordem penal tributária.

Voltando o foco para o Estados membros, tem sido corriqueira, inclusive, a realização de convênios entre o fisco estadual e o Ministério Público, com o escopo de denunciar “sonegadores” de ICMS – Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços. Boa parte desses créditos é resultado de divergências entre a escrita contábil e fiscal do contribuinte com raciocínios operados pelo fisco para inferir sonegação: manutenção de passivos fictos, divergência no estoque e, até mesmo, vendas com valor menor do que a margem de lucro estimada pelo fisco.

A teoria da argumentação e a linguagem das provas do processo tributário destoa do direito à prova no processo penal, de modo que as inferências realizadas pelo fisco não podem ser, simplesmente, transportadas para o processo de apuração do crime de sonegação. Caso o magistrado se aproprie da cognição realizada pela autoridade administrativa, deve-se conferir o tratamento de mero indício, nos termos do art. 239, do Código de Processo Penal, ou seja, deve delimitar o fato que se encontra provado e, por fundamentação judicial suficiente, aproveitar tal elemento na decisão.

Na condição de mero indício desse material produzido na fase administrativa, o magistrado criminal deve reunir outros elementos que corroborem a operação, considerando que a prova criminal é uma garantia fundamental mais solene do que a prova tributária. Como afirmado acima, a prova no processo tributário está muito mais ligada à argumentação e à linguagem do que se espera da prova criminal, tendente a cercear um bem mais caro: a liberdade.

3 A ARMADILHA PROCESSUAL DE VEDAÇÃO AO CONHECIMENTO DOS VÍCIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Nos crimes materiais contra a ordem tributária (art. 1º da Lei n.º 8.137/90), tem-se como núcleo do tipo penal os verbos “suprimir ou reduzir” tributos. Sobre a definição desses elementos, cumpre transcrever a lição de Luiz Regis Prado:

Suprimir significa omitir, não cumprir a obrigação tributária devida, não recolher o que deveria ter sido pago. É a evasão total. Reduzir equivale a diminuir, restringir o quantum de tributo a ser recolhido. É a inadimplência parcial ou incompleta da obrigação por parte do devedor. As expressões tributo, contribuição social e qualquer acessório são elementos normativos jurídicos. (PRADO, 2019, p. 294)

Lembra o mesmo autor que o tipo é de ação múltipla e conteúdo variado, de modo que a consumação depende de um comportamento anterior fraudulento, ou seja, uma das modalidades de fraude constantes nos incisos.

O juízo criminal que processa um crime dessa natureza não é um autômato receptor das valorações operadas pela administração tributária, devendo impor ao crédito tributário o regime de prova criminal acima defendido, notadamente quando presente juízo de valor aberto sobre as operações do contribuinte.

Acontece que jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido da inviabilidade de o juiz criminal conhecer nulidades do processo administrativo tributário. Para ilustrar tal assertiva, apresenta-se a seguinte ementa:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE OCORRIDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. OFENSA AO CONTRADITÓRIO ADMINISTRATIVO. DESCABIMENTO DA DISCUSSÃO NA ESFERA CRIMINAL.

1. Esta Corte possui entendimento no sentido de que o juízo penal não é sede própria para a discussão de existência de nulidade no procedimento administrativo-fiscal que, uma vez verificada, não é capaz de fulminar o lançamento tributário em prejuízo da Fazenda Nacional. Consequentemente, não deve o juízo criminal estender sua jurisdição sobre matéria que não lhe compete. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1717016/PB, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 02/08/2019)

Esse entendimento, porém, coloca o contribuinte em verdadeira armadilha processual, ou seja, um arranjo formal que pode implicar em condenação criminal face à limitação indevida do direito à prova criminal.

Juridicamente, a norma extraída do precedente acima equivaleria a afirmar, *mutatis mutandis*, que os vícios do inquérito policial não podem ser conhecidos na ação penal. Nos crimes apurados por este instrumento investigativo não há quem defenda tal assertiva. Então, o que justificaria esse tratamento distinto com relação ao direito penal tributário? Ao nosso ver, repita-se, a razão (ilegítima) reside no que chamamos de jurisprudência probatória defensiva, ou seja, a repulsa arbitrária do Poder Judiciário em conhecer questões tributárias, que, naturalmente, dado seu rigor técnico que, por vezes fogem ao direito, tomando instituto da contabilidade e economia, não são fáceis.

Não é exigível do magistrado criminal que detenha conhecimentos aprofundados quanto ao fenômeno tributário, que é por sua natureza interdisciplinar, inclusive com a necessidade de conhecimentos contábeis e econômicos, para a análise dos levantamentos produzidos pelo fisco. Contudo, lhe é exigível velar pelo direito à prova criminal e pelo ônus probatório da acusação quanto à presença dos elementos do tipo penal.

Desse modo, esse cenário de perplexidade e tecnicidade da questão de fundo é suficiente para afirmar que eventuais pedidos de perícia por parte da acusação não podem ser negados a pretexto de impertinência ou irrelevância. Perícias contábeis e fiscais podem ser a solução para compatibilizar a linguagem do processo tributário com o regime jurídico do direito à prova criminal.

Como defendido por Gustavo Henrique Badaró (2015, p. 12), o nosso ordenamento assegura um verdadeiro direito à prova, logo, é possível concluir que se trata de um sistema de inclusão probatório. A regra é que os meios de prova requeridos pelas partes devem ser admitidos. Somente haverá exclusão nos casos de manifesta irrelevância ou impertinência do meio probatório requerido pelas partes. Inverter essa lógica, implicaria admitir um regime de exclusão.

No sistema de inclusão probatória, na dúvida, a prova deve ser admitida. Por conseguinte, não cabe à parte que requereu a prova demonstrar sua relevância. O juiz é que deverá, por decisão fundamentada, indeferir apenas as diligências e provas manifestamente irrelevantes ou impertinentes.

Portanto, em que pese o juízo criminal não ter competência para anular o crédito tributário, não lhe é dado cercear a defesa, indeferindo pedidos probatórios hábeis a escrutinar o material produzido pela administração tributária. Muito pelo contrário, se esses elementos pré-processuais já aportam na ação penal com tônica de prova pré-constituída, importaria violação ao princípio da presunção de inocência, negar perícias e outros requerimento probatório da defesa equivale a suprimir o direito à prova criminal

CONCLUSÃO

O direito penal tributário é palco de grandes choques dogmáticos entre as disciplinas do direito penal e do direito tributário. Conquanto se aproximem no que tange à tipicidade legal, esses ramos do direito possuem regimes distinções no que se refere à sistemática da linguagem das provas, meio necessário para a reprodução processual dos eventos e para a construção da norma individual e concreta.

O regime de prova adotado é tão importante que é elemento determinante a categorizar o próprio sistema processual adotado: inquisitivo, acusatório, livre convencimento motivado etc.

No processo tributário, a dúvida é elemento presente e aceito, inclusive com a materialização de presunções e arbitramentos, baseados, fundamentalmente, na omissão (silêncio) do contribuinte/responsável. Contudo a admissão de presunções foge ao princípio da presunção de inocência e

da não autoincriminação se não restarem devidamente consentidas ou definidas as materialidades que resultaram das presunções.

Em outras palavras, a materialidade tributária, ainda que fundamentada em presunções, precisa estar bem definida para que se possa avançar em responsabilização criminal.

Ao longo do estudo bibliográfico desenvolvido neste trabalho, identificou-se um verdadeiro direito à prova no processo penal, distinto do direito à prova no processo tributário. Por isso, se um fato se encontra provado, notadamente na fase administrativa de discussão do crédito tributário, isso não quer dizer que a proposição seja verdadeira. Essa “verdade” serviu aos propósitos do processo administrativo tributário, o qual, visto sob a ótica do processo penal, não passa de uma investigação preliminar.

O direito à prova criminal somente se concretiza com o contraditório perante um juiz, não podendo haver outra fonte de conhecimento para a decisão. Desse modo, defende-se que também no direito penal tributário o acusado tem o direito subjetivo à prova, que inclui o direito de ser ouvido, de introduzir material probatório, de influenciar na decisão e, sobretudo, a garantia de uma valoração específica das provas produzidas no processo.

Mas não é só. O direito à prova no processo penal está submetido a garantias fundamentais consagradas na Constituição da República, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. As principais delas são a presunção de inocência e o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*).

Como consequência desse regime do direito à prova, tem-se que a dúvida deve militar em favor da absolvição do acusado. Ademais, o material produzido na fase administrativa deve ingressar na ação penal com natureza de elemento de informação, pendente de confirmação na instrução criminal, de modo que o juízo criminal não seja um autômato recebedor das valorações operadas pela administração tributária, devendo impor ao crédito tributário o regime da prova criminal.

O trabalho ainda dedicou um espaço de estudo ao que se denominou de “armadilha processual” nos crimes contra a ordem tributária. Cuida-se de análise crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade de conhecimento de vícios do processo administrativo tributário pelo juízo criminal.

A título de exemplo, um crédito constituído com vício grave de notificação no processo tributário não poderia ser valorado pelo magistrado criminal, mas tão somente em sede de ações antiexacionais. A principal crítica pode ser materializada na comparação com os vícios do inquérito policial, a indicar que, por exemplo, uma confissão obtida por tortura não poderia ser infirmada na ação penal.

A razão para a distinção reside, segundo constatou o trabalho, no que chamamos de “jurisprudência probatória defensiva”, ou seja, a repulsa ilegítima do Poder Judiciário em conhecer questões tributárias, que são, geralmente, complexas e interdisciplinares.

Portanto, os elementos transportados do processo tributários para o criminal não são neste qualificados como prova, devendo se submeter ao direito à prova criminal e seu regime jurídico. Indeferimentos arbitrários de pedidos probatórios implicam, nesse contexto, grave cerceamento do direito de defesa.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância.** IN Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr. Florianópolis: Emporio do Direito, 2015, p. 550 e seguintes.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal:** tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BALTAZAR Junior, José Paulo. **Crimes Federais.** 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal:** considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea).

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689,** de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, de 13 de outubro de 1941, retificado em 24 de outubro de 1941.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração n. 1717016.** Relator: Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 2 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei nº 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. Diário Oficial da União, de 27 de outubro de 1966, retificado em 31 de outubro de 1996.

CONRADO, Paulo Cesar. **Processo judicial tributário.** Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Roberto dos Santos. **Crimes Contra a Ordem Tributária.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES Junior, Aury. **Direito processual penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book.*

PERELMAN, Chaim. **Justice, Law, and Argument – Essays in Moral and Legal Reasoning.** Trad. Vários. Netherlands: D. Reidel Publishing Company, 1980, trad. Livre.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico.** 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Jardel Luís da. *O (des)valor probatório do procedimento administrativo fiscal no processo penal*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Jr. – Porto Alegre, 2015.

A APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE E DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A VACINAÇÃO COMPULSÓRIA DA COVID-19 (ADI
6.586/DF)¹

*THE APPLICATION OF THE RULE OF PROPORTIONALITY AND THE PRINCIPLE OF
REASONABLENESS BY THE FEDERAL SUPREME COURT AND COMPULSORY COVID-19
VACCINATION (ADI 6.586/DF)*

Giovana Giulia Silva²

Isabela Vassoler da Silva Vilar³

Luiz Henrique Cademartori⁴

Resumo: O presente artigo objetiva o estudo da proporcionalidade enquanto regra de interpretação e aplicação do direito. Embora não haja um posicionamento sedimentado pela doutrina e jurisprudência brasileira acerca da sua correta aplicação, o presente trabalho pretende lançar luz à temática, sob as perspectivas de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, ao que concerne à distinção entre regras e princípios e o embate acerca da regra da proporcionalidade enquanto parte da estrutura dos direitos fundamentais, através da pesquisa bibliográfica e método indutivo. Ainda, após a construção do arcabouço teórico, será realizada uma análise da aplicação da regra da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.568/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar como o Tribunal realizou sua aplicação no caso concreto. A proporcionalidade pela perspectiva de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva é uma regra de aplicação dos direitos fundamentais, sendo composta por três sub-regras que guardam relação de subsidiariedade entre si. Sendo elas, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Da análise do caso, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, embora realize a aplicação da regra da proporcionalidade, a regra é comumente aliada à razoabilidade e utilizada como argumento retórico, o que abre azo para aplicações e precedentes simplistas. Portanto, a aplicação da regra da proporcionalidade é desacompanhada das sub-regras supracitadas, não aplicando-a de forma estruturada. Verifica-se, através do

¹ Recebido em 07/12/2023 e aprovado em 29/02/2024.

² Advogada, bacharela em Direito pelo Centro Universitário Integrado. Pós graduanda em Direito Público pela Universidade Estadual de Londrina. Pesquisadora em direitos humanos, direito constitucional, direito antidiscriminatório, direito das minorias e direito público.

³ Especialização em Direito Contemporâneo pelo Centro Universitário OPET, Brasil(2017). Procuradora Jurídica da Prefeitura Municipal de Cianorte, Brasil

⁴ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1989), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e pós-doutorado pela Universidade de Granada - Espanha. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Atuou como Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça de Santa Catarina de 2005 a 2006; Foi Avaliador Ad Hoc de Cursos de Direito pelo MEC/INEP entre 1998 e 2013. Atuou como Secretário de Aperfeiçoamento Institucional da SEAI (Secretaria de Aperfeiçoamento Institucional) junto ao Gabinete da Reitoria da Universidade Federal de Santa Catarina e como Editor da Revista Sequencia - Estudos Jurídicos e Políticos do PPGD UFSC (2016-2018); Atua como Coordenador do Curso de Direito da UFSC e como Consultor na área de Direito Administrativo. Tem experiência na área de Direito Administrativo e Hermenêutica Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Administrativo; Direito Constitucional e Filosofia do Direito. É coordenador dos Projetos de Pesquisa: Direito Administrativo e Constitucionalismo e Modelagem e Compreensão dos Sistemas Sociais: Direito, Estado, Sociedade e Política.

presente estudo, que embora seja possível realizar a distinção da proporcionalidade enquanto princípio através do arcabouço teórico acerca dos direitos fundamentais, a confusão terminológica e ausência da aplicação estruturada da proporcionalidade enquanto regra, ainda é uma questão que contribui para a utilização da proporcionalidade e razoabilidade como mero argumento retórico.

Palavras chaves: Proporcionalidade. Razoabilidade. COVID-19. Princípios. Regras

Abstract: This article aims to study proportionality as a rule for interpreting and applying the law. Although there is no established position in Brazilian doctrine and jurisprudence regarding its correct application, the present work intends to shed light on the topic, from the perspectives of Robert Alexy and Virgílio Afonso da Silva, regarding the distinction between rules and principles and the clash about the rule of proportionality as part of the structure of fundamental rights, through bibliographical research and inductive method. Furthermore, after building the theoretical framework, an analysis will be carried out on the application of the rule of proportionality and the principle of reasonableness in Direct Unconstitutionality Action n. 6,568/DF, by the Federal Supreme Court, in order to verify how the Court carried out its application in the specific case. Proportionality from the perspective of Robert Alexy and Virgílio Afonso da Silva is a rule for the application of fundamental rights, consisting of three sub-rules that maintain a subsidiarity relationship with each other. These being adequacy, necessity and proportionality in the strictest sense. From the analysis of the case, it appears that the Federal Supreme Court, although it applies the rule of proportionality, the rule is commonly combined with reasonableness and used as a rhetorical argument, which opens the door for simplistic applications and precedents. Therefore, the application of the proportionality rule is not accompanied by the aforementioned sub-rules, not applying it in a structured way. It is verified, through the present study, that although it is possible to distinguish proportionality as a principle through the theoretical framework regarding fundamental rights, the terminological confusion and lack of structured application of proportionality as a rule, is still an issue that contributes to the use of proportionality and reasonableness as a mere rhetorical argument.

Key Words: Proportionality. Reasonableness. COVID-19. Principles. Rules

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicação da regra da proporcionalidade e princípio da razoabilidade pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, com base no entendimento de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, realiza-se uma análise acerca da discussão sobre a regra ou princípio da proporcionalidade a fim de alcançar um denominador comum. Após, realizada a diferenciação de proporcionalidade e razoabilidade, se tecerá as subdivisões da regra da proporcionalidade, dando forma a esta como uma regra de interpretação e aplicação de direitos fundamentais. Finalmente, será colocada em cotejo a forma como ocorre a aplicação da regra da proporcionalidade e princípio da razoabilidade pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 6.586/DF sob a perspectiva utilizada por Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva.

I. PROPORCIONALIDADE, PRINCÍPIO OU REGRA?

Por certo, há uma controvérsia terminológica a respeito do princípio da proporcionalidade. Ocorre que, ao se adotar o princípio jurídico em contraste com a regra, conforme difundido por Robert Alexy, há um distanciamento da proporcionalidade enquanto princípio.

De acordo com Alexy, a distinção entre regras e princípios “é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (Alexy, 2008, p. 85). Uma das formas mais frequentes de distinção entre regras e princípios é a utilização do critério da generalidade. De acordo com esse critério, os princípios são normas de elevado grau de generalidade, e em contrapartida, às regras, são dotadas de um grau de generalidade baixo (Alexy, 2008, p. 86).

Entretanto, o critério de generalidade não se apresenta como um critério que permite a distinção precisa entre princípio e regra. De acordo com Alexy, o ponto nevrálgico da distinção entre regras e princípios consiste em que, princípios são mandamentos de otimização, de forma que podem ser satisfeitos em graus distintos e sua satisfação não depende apenas do campo fático, mas da possibilidade jurídica, sendo determinado muitas vezes pelo choque entre princípio e regras (Alexy, 2008, p. 90). Neste sentido, as regras são dotadas de determinações. Em outras palavras, regras são normas que ou são satisfeitas ou não são.

Segundo aduz Virgílio Afonso da Silva, o denominado princípio da proporcionalidade não pode ser assim chamado a partir do pensamento de Alexy. Para Silva, trata-se de uma regra de proporcionalidade que contém sub-elementos aplicáveis por intermédio de subsunção. Desta forma, a adoção do termo princípio da proporcionalidade tem a pretensão de conferir a importância merecida à regra (Silva, 2000, p. 23-50). Alexy enquadra a proporcionalidade na natureza propriamente dita dos princípios e aponta que:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (Alexy, 2008, p. 116-117).

A máxima proporcionalidade é, portanto, a exigência de sopesamento quando há a colisão de norma de direito fundamental com caráter de princípio com um princípio antagônico (Alexy, 2008, p. 117). Neste sentido, a proporcionalidade é um meio para dirimir o choque entre direitos fundamentais, ocasião em que se submete a norma a um exame de adequação, necessidade e proporcionalidade, sendo estas a três sub-regras da proporcionalidade.

Quanto ao seu aspecto histórico, não há consenso da doutrina quanto ao momento do surgimento da regra da proporcionalidade. Alguns doutrinadores, que compreendem a regra da proporcionalidade como sinônimo do princípio da razoabilidade, que entendemos serem normas distintas conforme exposto adiante, afirmam ter origem na Carta Magna, devido ao fato do documento abordar a irrazoabilidade. Ocorre que, a irrazoabilidade surge em uma decisão judicial proferida em 1948, na Inglaterra.

O chamado teste de irrazoabilidade, também conhecido como o teste de Wednesbury, consiste em rejeitar atos que sejam irrazoáveis (Silva, 2008, p. 23-50).

Ainda na Inglaterra, o debate do Human Rights Act de 1998 coloca em pauta o interesse da doutrina inglesa em uma possível aplicação da regra da proporcionalidade. A partir de então, a regra da proporcionalidade pela aplicação jurídica inglesa, atua ao lado do princípio da irrazoabilidade, sendo perceptível, portanto, que não se trata de sinônimos, haja vista que nem sempre um ato desproporcional implicará em sua irrazoabilidade (Silva, 2008, p. 23-50).

Entretanto, a regra da proporcionalidade como se conhece atualmente é desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, no cenário pós segunda Guerra Mundial ao final da década de 50, motivado pela necessidade de controle da razoabilidade dos atos legislativos (Roberto; Silva, p. 1568, 2012).

A partir de então há a difusão da aplicação da regra da proporcionalidade e suas sub-regras, a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, que serão exploradas a fundo no tópico seguinte.

Vale frisar que não há consenso acerca do fundamento jurídico do controle de proporcionalidade no cenário brasileiro. Alguns doutrinadores afirmam que este encontra base no princípio do Estado de Direito e outros defendem que a proporcionalidade está fundamentada em normas constitucionais que fazem menção à proporcionalidade (Roberto; Silva, 2012, p. 15720).

Em que pese as discussões doutrinárias acerca do fundamento jurídico da regra da proporcionalidade, o posicionamento de Robert Alexy parece mais acertado, ao afirmar que:

já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com duas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (Alexy, 2008, p. 116-117).

Pela perspectiva de Alexy, a qual entendemos correta, a regra da proporcionalidade faz parte da própria estrutura dos direitos fundamentais enquanto princípios. E justamente por compor a estrutura dos direitos fundamentais que a exigibilidade da regra da proporcionalidade, quando ocorre colisão entre direitos fundamentais, não decorre de um dispositivo constitucional específico já que compõe sua própria estrutura. Neste sentido, aponta Virgílio Afonso da Silva:

se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy [...], admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação (Silva, 2008, p. 45).

Vale ressaltar que o mandamento de sopesamento, quando ocorre colisão de princípios, nada mais é que a realização do dever de otimização que corresponde com a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, já que o sopesamento busca atingir o grau máximo, dentro da realidade fática e jurídica, de realização dos princípios.

A proporcionalidade enquanto regra não admite a utilização de mandamentos de otimização como se princípio fosse, pois enquanto regra não há como estabelecer graus de satisfação, como é possível no choque entre princípios. A regra da proporcionalidade exige o cumprimento de suas três sub-regras, para dirimir o choque entre direitos fundamentais, que decorre da estrutura destes, pois como regra, ou ela é satisfeita ou não é.

O uso desta regra para controle de medidas que restrinjam direitos fundamentais, além de existir no Brasil e Alemanha, também pode ser observada em países como África do Sul, Israel, Índia, Coreia do Sul, Nova Zelândia e Canadá (Lima, 2020, p. 186).

A partir do entendimento da proporcionalidade enquanto regra, conforme exposto acima, o próximo tópico será destinado a esmiuçar as três sub-regras da proporcionalidade, sendo elas a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito com vistas a lançar luz sobre sua aplicação no Supremo Tribunal Federal.

2. A SUBDIVISÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE

Antes de analisar as três sub-regras propriamente ditas, vale realizar algumas considerações. Virgílio Afonso da Silva argumenta sobre a importância da aplicação correta das sub-regras da proporcionalidade, pois existe uma ordem pré-definida que guarda relação umas com as outras. Para o autor “a análise da adequação precede a da necessidade, que por sua vez precede a da proporcionalidade em sentido estrito” (Silva, 2008, p. 51).

Ainda, a importância da aplicação da regra pela ordem correta se faz perceptível na análise do caso concreto, já que a aplicação da regra nem sempre implicará a análise de todas as três sub-regras. Em outras palavras, as três sub-regras guardam entre si uma relação de subsidiariedade, podendo a regra se esgotar “com um simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos” (Silva, 2008, p. 52).

Feito esses registros iniciais, passa-se para a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, as três sub-regras da proporcionalidade.

2.1. Adequação

Dentro das três sub-regras da proporcionalidade a adequação é a primeira que deve ser averiguada. Assim, é adequado o ato/meio pelo qual um objetivo é fomentado, ainda que não seja completamente realizado (Silva, 2002, p. 36-37), ou seja, a adequação da medida se limita ao exame de sua aptidão para fomentar os objetivos visados e tal exame é absoluto. Portanto, ou o ato é adequado ou não é adequado e, caso não seja capaz de fomentar o objetivo buscado, deve ser considerado inadequado e, conseqüentemente, a medida será desproporcional.

Não obstante se entender que é adequado o meio que fomenta algum objetivo, necessário destacar que em muitas decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal entende-se que o subprincípio da adequação “exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos” (Brasil, 2021).

Não obstante entendimentos lançados pelo e. STF, inadequada é a medida em que a sua utilização não contribui em nada para a fomentar a realização do objeto pretendido (Silva, 2008, p. 38), já que para ser adequado o meio de utilização não precisa ser completamente realizado, mas deve ser o meio o qual a realização do objetivo seja fomentada.

De outro lado, caso a medida adotada for considerada adequada, deve ser analisada - em seqüência - se é necessária.

2.2. Necessidade

Passada a análise da adequação, demanda-se o exame da necessidade, que é um comparativo entre meios possíveis e preconiza que a medida adotada para o fim determinado, dentre as várias possíveis, é menos restritiva de direitos fundamentais.

Gilmar Mendes explana que o “subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos” (Mendes, 2000, p. 250)

Nesse sentido, determinado meio empregado pelo Estado é necessário quando não há outro a ser escolhido pelo legislador, igualmente eficaz, com limitação de maneira menos gravosa do direito fundamental.

Alexy assevera que a necessidade obriga que se faça um sopesamento entre alternativas possíveis, fundamentando a relação condicionada de preferência entre elas (Alexy, XXX, p. 118).

Ainda, Virgílio Afonso da Silva afirma que a diferença entre o exame de necessidade e o da adequação é que o exame da adequação é um exame absoluto, enquanto o exame da necessidade é comparativo (Silva, 2008, p. 39).

Assim, nesta segunda fase de análise das sub-regras se observa a adoção de uma outra medida menos restritiva.

2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Quando a medida avança pelas sub-regras supracitadas, que estão em um campo fático, se exige, por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito, que “consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide” (Silva, 2008, p.41).

Neste sentido, para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, os motivos que dão ensejo à adoção da medida precisam ser insuficientes para justificar a restrição de um direito fundamental a ser atingido (Silva, 2008, p. 42).

A aplicação da proporcionalidade em sentido estrito pode ser extraída na primeira referência à proporcionalidade pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 18.331 de relatoria do Ministro Oroszimbo Nonato, ocasião em que o Ministro Relator argumentou acerca da desproporcionalidade da medida adotada pelo Estado:

o objetivo da lei foi inverso a essa tendência, porque procurou aumentar o rigor da repressão desses crimes, intimidando com medidas que atingem o indivíduo na sua própria carne, pela simples suspeita ou pelo início de um procedimento criminal fundado em elementos nem sempre seguros ou de suspeitas que viriam a se apurar no processo. Neste particular, a expressão de medida cruel, encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se e a sua família. Curem quanto à desproporção entre a situação do acusado e as consequências da medida (Mendes, 1994, p. 474)

Dessa forma, pode-se inferir que a proporcionalidade em sentido estrito, é verificada através do meio escolhido ser apto a fomentar o objetivo pretendido com a medida, desde sua realização proporcione maiores benefícios do que outras.

Em outras palavras, a medida adotada para determinado fim deve ser a menos restritiva de direitos fundamentais possíveis e que sua a realização tenha peso para justificar eventual restrição de direitos, que não deve ser excessiva. Para Ingo Wolfgang Sarlet, é na análise da proporcionalidade em sentido estrito que:

se realiza a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais, pois o que se busca é responder à pergunta sobre se as vantagens causadas pela promoção de determinado fim (ou fins) são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio, ou seja, as restrições impostas aos direitos fundamentais (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2018, p. 409).

Portanto, é na terceira fase da aplicação da regra da proporcionalidade que ocorre o sopesamento propriamente dito, que busca investigar qual será o impacto de determinada restrição de

direitos fundamentais em face de uma ponderação ante a necessidade de preservação de outros direitos fundamentais.

3. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE SÃO CONCEITOS JURÍDICOS SINÔNIMOS?

Ultrapassado o estudo das sub-regras do princípio da proporcionalidade, é oportuno discutir se a regra da proporcionalidade se equivale ao princípio da razoabilidade.

De antemão, é sabido que a questão é divergente dentro da doutrina brasileira, já que parte dos estudiosos equipara estes princípios e os utiliza em sinonímia, como Raquel Denize Stumm e Paulo Armínio Tavares Buechele.

Na ADI 855/PR (acerca da obrigatoriedade dos estabelecimentos que comercializam GLP pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição), por exemplo, além de não haver análise das sub-regras da proporcionalidade, a razoabilidade e proporcionalidade são tratadas como sinônimos.

Luís Roberto Barroso ressalta que a doutrina e a jurisprudência brasileira costuma fazer referência igualmente ao princípio da proporcionalidade com o da razoabilidade (1996, p. 163-164), mas declara haver uma distinção entre a proporcionalidade e razoabilidade porque a primeira seria construção do Direito alemão, com um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado, enquanto a razoabilidade, fundamentada no devido processo legal substantivo, teria destaque no sistema norte-americano, e não demonstraria preocupação com uma formulação sistemática (Camargo, 2005, p.10).

Já Humberto Ávila, além de diferenciar os dois conceitos, analisa a utilização errônea de diversos julgados em que proporcionalidade e razoabilidade são empregadas de forma indistintas:

a utilização do princípio da proporcionalidade nem sempre possui o mesmo significado, não apenas porque ele é tratado como sinônimo da exigência de razoabilidade, com a qual - como será demonstrado - não se identifica, mas porque ele ora significa a exigência de racionalidade na decisão judicial, ora a limitação à violação de um direito fundamental, ora a limitação da pena à circunstância agravante ou necessidade de observância das prescrições legais, ora proibição de excesso da lei relativamente ao seu fim e ora é sinônimo de equivalência entre custo do serviço e a relativa taxa (Ávila, 2001, p. 152).

Na mesma toada e de forma precisa e objetiva, Virgílio Afonso da Silva afirma não ser possível equiparar os dois conceitos, e que a razoabilidade exigiria a análise quanto à compatibilidade do meio empregado e os fins visados, bem como a legitimidade de tais fins. Comparando-a com a proporcionalidade, corresponderia apenas ao teste da adequação (2002, p. 29-30).

Em seu trabalho intitulado “O Proporcional e o Razoável”, que tem o intento de afastar (de vez) a ideia da similaridade, comenta o uso da proporcionalidade e razoabilidade nos seguintes termos:

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira

afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula 'a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional'. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados (Silva, 2002, p.31)

Neste sentido, verifica-se que muitas vezes, na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, os Tribunais Superiores utilizam-se desta como mera estratégia retórica sem realizar a aplicação da regra de forma estruturadas e, na maioria das vezes, realizando a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito de forma simplista, sem proceder de fato o controle de proporcionalidade do ato sob análise.

A razoabilidade tem como base o devido processo legal substantivo, ou seja, possibilidade uma verificação de compatibilidade dos fins pretendidos e o meio determinado pelo legislador (Roberto; Silva, 2012, p. 1582). Dessa forma, a análise da razoabilidade tem a presença da análise entre os fins e os meios e o objetiva a adequação de sentido entre estes.

Luís Roberto Barroso divide a razoabilidade entre razoabilidade interna e externa. Para o autor, a primeira trata-se da razoabilidade que é aferida dentro da lei, e estabelece o liame entre fins e meios na própria legislação. Já a razoabilidade externa se caracteriza pelos fins e meios que a Constituição Federal prevê, sendo a lei contrária aos mandamentos e valores constitucionais desarrazoada (Barroso, 1999, p.226).

Ainda, a análise da razoabilidade deve ser observada tanto no poder executivo quanto no poder judiciário. O controle de razoabilidade na administração recai sobre os atos discricionários, momento em que o juiz deve analisar se a decisão discricionária tomada pelo administrador está amparada pelos critérios estabelecidos por lei, somado a averiguação de juízo de conveniência e oportunidade (Roberto; Silva, 2012, p. 1583).

A diferença entre o princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade, é que a primeira é utilizada para enfrentar atos proferidos pelo poder público que limite direito fundamental e dado a esta limitação, não seja adequado para a realização de um determinado fim. Já a regra da proporcionalidade é aplicada quando há choque entre princípios, ocasião em que há um sopesamento para impedir a restrição excessiva, fazendo a análise, no caso concreto, se a medida tomada foi adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

4. O JULGAMENTO DA ADI 6.586/DF E A APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE

Virgílio Afonso da Silva expressa que há certo descaso do Supremo Tribunal Federal quando aplica a regra da proporcionalidade nos casos concretos. Segundo o autor, não raras vezes, o tribunal limita-se a equiparar proporcionalidade à razoabilidade (Silva, 2002, p. 30-31), os quais não podem ser compreendidos como sinônimos, não os aplicando de forma estruturada, satisfazendo-se com meras citações de que foram utilizados para orientar a decisão.

A regra da proporcionalidade, para que seja aplicada ao caso concreto parte da análise, de forma subsidiária, dos elementos a) adequação, b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito. O uso de tais elementos é necessário visto que tais fazem parte da regra da proporcionalidade e ainda evita que os julgadores busquem justiça com uso desenfreado de princípios, negligenciando seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos (SARMENTO, 2006, p. 199-202).

A ADI 6.586/DF foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT para que fosse dada interpretação conforme os artigos 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198 da Constituição Federal ao artigo 3º, III, d, da Lei 13.979/2020. A ADI foi conhecida e julgada parcialmente procedente.

No caso supracitado clarividente o conflito entre direitos ligados à liberdade individual e àqueles relacionados à saúde coletiva e, em razão desta colisão, a ponderação que deve ser buscada à luz da proporcionalidade.

Não obstante em alguns votos prolatados os doutos Ministros mencionarem a proporcionalidade, não o fazem com análise concreta da regra, ou seja, não há a aplicação a partir do cotejo de seus elementos imprescindíveis.

Alexy, em suas obras, constrói a ideia de que a partir da análise de cada uma das sub-regras da regra da proporcionalidade é possível, ao final, se chegar a um resultado racional. E é a partir dessa ideia que analisaremos o uso da regra da proporcionalidade na ADI 6.586/DF.

Como supracitado, necessário, ao usar a regra da proporcionalidade, percorrer pelos elementos: a) adequação, b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito.

O exame da adequação, no caso supracitado, teria de ter sido analisado a partir da seguinte perspectiva: o meio utilizado pela norma faria com que o objetivo pretendido fosse alcançado ou, ao menos, fomentado?

No caso concreto, tanto a medida de vacinação compulsória, quanto à implementação de medidas para combater o coronavírus por parte dos Estados, Distrito Federal e Municípios se mostram adequadas (nos termos exigidos pela regra da proporcionalidade), e isto porque são aptas a fomentar os objetivos pretendidos, qual seja, enfrentamento da emergência de saúde pública.

Na análise da necessidade, se faz necessário cotejar a medida discutida, da vacinação compulsória e implementação de medidas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com outras medidas que sejam capazes de promover o mesmo objetivo - de alcançar a imunidade de rebanho - com a mesma intensidade, mas que restrinjam menos os direitos dos indivíduos.

No caso em tela, a vacinação compulsória se mostra como a medida ideal para promover o objetivo, a imunidade de rebanho, com a menor restrição de direitos à medida em que a vacinação compulsória limitaria o acesso dos indivíduos a determinados lugares.

Com relação a proporcionalidade em sentido estrito, nota-se que nenhum dos ministros que apontaram o uso da proporcionalidade em seu voto, procedeu à comparação das alternativas possíveis. Como ocorre na manifestação do voto conjunto entre os Ministro da Suprema Corte:

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso

(Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermaßverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não escrita. A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa. No caso em tela, a dificuldade de fixar soluções interpretativas definitivas a partir do teste de proporcionalidade advém da natural incompletude dos textos normativos que tutelam políticas públicas cuja calibragem é naturalmente mutável, no caso de acordo com circunstâncias de enfrentamento da pandemia (Brasil, 2020, p. 168-169).

Se observa que a proporcionalidade é mencionada como princípio pelo Supremo Tribunal Federal e é posta como equivalente ao princípio da proibição de excesso. Virgílio Afonso da Silva, aponta que a regra da proporcionalidade, “ainda que seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais”. (Silva, 2002, p. 27).

Para o autor, a possibilidade de aplicação da regra da proporcionalidade a casos que não guardam relação com excesso estatal, é suficiente para renunciar à utilização da proibição de excesso enquanto sinônimo da regra da proporcionalidade (Silva, 2002, p. 27).

Ainda no voto conjunto, há a menção da análise da necessidade e da adequação, em que se argumenta a dificuldade de se estabelecer interpretações definitivas dado a incompletude normativa que tutelam políticas públicas, conforme supracitado.

No nosso estudo, entende-se que há dois pontos necessários para análise.

Primeiramente, deve-se verificar qual direito fundamental está sendo restringido, após, proceder a realização de uma análise minuciosa de alternativas a fim de verificar qual restringiria em maior e menor intensidade o direito de cada indivíduo.

O direito restringido é o da autonomia individual e da análise do caso, a vacinação compulsória, nos termos postos pelo Supremo Tribunal Federal, que consigna na ADI que a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, tal medida é a menos restritiva de direitos já que, não há uso da força e sua compulsoriedade é implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, por exemplo, restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares.

Assim, comparada com a medida do uso da força, por certo é necessária a compulsoriedade da vacina nos termos expostos pelo Supremo Tribunal Federal.

Seguindo a análise da regra da proporcionalidade, necessário que uma última sub-regra seja analisada, qual seja, da proporcionalidade em sentido estrito. Virgílio Afonso da Silva aponta que:

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito

fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva (Silva, 2008 p. 41).

O uso da proporcionalidade em sentido estrito faz com que se evite que medidas descabidas sejam consideradas proporcionais. No caso analisado, a vacinação compulsória foi considerada adequada e necessária e, agora, questiona-se se a limitação à liberdade individual é proporcional quando se coteja com o direito fundamental à saúde coletiva. A resposta é tão evidente que salta à vista, até porque a limitação à liberdade individual é mínima quando se contrapõe à saúde de toda uma população.

Da análise dos votos dos Eminentes Ministros da Suprema Corte, há a realização do sopesamento dos direitos fundamentais em choques no caso, sendo a aplicação da proporcionalidade realizada, porém, sem a menção da proporcionalidade enquanto regra bem como as três sub-regras que a acompanham. Nota-se que a sua aplicação se dá enquanto parte estruturante do núcleo essencial dos direitos fundamentais, veja-se:

in casu, as eventuais restrições à liberdade individual decorrentes do acionamento do art. 3º, III, “d”, da Lei nº 13.979/2020 traduzem imposições do próprio complexo constitucional de direitos, a exigir medidas efetivas para assegurar a proteção de outros direitos igualmente fundamentais – a saúde e a vida. Ao restringir a autonomia da vontade individual, a limitação efetivada pelo preceito normativo questionado no âmbito de eficácia de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de modo, repito, a conformá-las com os demais postulados constitucionais – direito à saúde e à vida –, preserva satisfatoriamente o seu núcleo essencial. [...]. Em situações emergenciais, restrições a direitos fundamentais que seriam inadmissíveis em períodos de normalidade, podem vir a ser admitidas, notadamente quando uma modesta limitação de liberdades produzir um substancial ganho em segurança (Brasil, 2020, 205-206).

Através do voto proferido pela Ministra Rosa Weber, verifica-se o sopesamento entre o direito à saúde e à vida e o direito à autonomia da vontade individual, em choque dado à compulsoriedade da vacinação. No caso em tela, da proporcionalidade em sentido estrito, o sopesamento aponta que o impacto da restrição do direito fundamental à autonomia individual será irrisório, quando em face da necessidade de preservação do direito à vida e o direito à saúde.

Verifica-se, portanto, que a aplicação da regra da proporcionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, no caso em comento, é realizada enquanto parte da estrutura dos direitos fundamentais.

A crítica quanto a este modelo de aplicação se faz no sentido em que, a mera aplicação e menção da proporcionalidade como argumento retórico, abre azo para que haja confusão quanto à sua aplicação. Especialmente ao fato de que essa medida, quando realizada pelos tribunais superiores, é apta a fomentar um ambiente jurisprudencial que aplica a regra da proporcionalidade de forma simplista e generalista.

4. CONCLUSÃO

A temática relacionada à regra da proporcionalidade é de grande relevância ao direito e notadamente aplicada em inúmeras decisões judiciais.

O ponto de partida da crítica realizada pelo artigo, que se coaduna com a perspectiva de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, aponta que apesar de a proporcionalidade ser utilizada como princípio, esta deve ser tratada como regra ao ser aplicada para dirimir o choque entre direitos fundamentais. E, ao ser empregada, deve haver análise de suas três sub-regras – as quais possuem uma relação de subsunção entre si – quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No que tange a adequação – que é a primeira sub-regra a ser averiguada – deve se examinar como adequado quando o ato/meio fomenta o objetivo buscado. Caso não impulse seu objetivo, será entendido como inadequado e, conseqüentemente, a medida será desproporcional. De outro lado, caso a medida for considerada adequada passa-se para análise da necessidade.

O meio/ato é necessário quando não há outro a ser escolhido, igualmente eficaz e com limitação de maneira menos gravosa do direito fundamental. E, por fim, ao avançar nas sub-regras, a análise da proporcionalidade em sentido estrito se dá quando a medida adotada para determinado fim seja menos restritiva de direitos fundamentais possíveis e que sua realização tenha peso para justificar eventual restrição de direitos, que não deve ser excessiva.

Feita a análise da regra da proporcionalidade (e suas sub-regras), merece nota nesta conclusão de que o estudo esclarece a distinção entre esta e o princípio da razoabilidade, os quais são erroneamente empregados como sinônimos. No entanto, estes conceitos não podem ser equiparados, sendo que no que concerne à razoabilidade exigir a análise entre os fins e os meios e o objetivar a adequação de sentido entre estes.

Por derradeiro, uma das mais importantes considerações refere-se à relação da regra da proporcionalidade utilizada na ADI 6.586/DF. Após análise do julgado, não obstante o Supremo Tribunal Federal realizar a aplicação da regra da proporcionalidade, a Corte deixa de analisar as sub-regras supracitadas, não aplicando-a de forma estruturada, apenas com simples citações de uso.

Portanto, embora haja a aplicação da regra da proporcionalidade, esta se dá na forma estrutural da aplicação dos direitos fundamentais, conforme aponta Alexy. Em outras palavras, não há a menção da regra da proporcionalidade e a aplicação das três sub-regras que a compõem, mas a utilização da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, como estruturantes dos direitos fundamentais.

A grande problemática se encontra na menção do princípio da proporcionalidade e razoabilidade como argumento retórico, que abre azo para aplicações e precedentes simplistas com relação a estes.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista *Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47313/45714>> Acesso em 27 ago. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional*. Revista de Direito do Ministério Público, Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2856472/Luis_Roberto_Barroso.pdf> Acesso em 31 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6586. Requerente: Partido Democrata Trabalhista. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2020. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 15. ago.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 27 ago. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, DF de 2008. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>. Acesso em: 30 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6678. Brasília, DF de 2021. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6113005>. Acesso em: 29.ago.2023.

CAMARGO, Manuela Oliveira. *Proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Os casos de conflitos entre princípios da Ordem Econômica*. Trabalho de Conclusão de Curso. Sociedade Brasileira de Direito Público. Escola de Formação, São Paulo. p. 81, 2005.

COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Repertório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, p. 469-475, dez. 1994.

ROBERTO, Karina; SILVA, Nelson Finotti. A regra da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em 20 ago. 2023. ISSN 1980-7791

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003, p.607, 603.

O PROCESSO ESTRUTURAL E SUA IMPLEMENTAÇÃO: REFLEXÕES A PARTIR DA OBRA
SHAKESPEARIANA “MEDIDA POR MEDIDA”¹

*THE STRUCTURAL ADJUDICATION AND ITS IMPLEMENTATION: CONSIDERATIONS BASED
ON THE SHAKESPEAREAN WORK “MEASURE BY MEASURE”*

Danielly Suellen Xavier²

Paulo Henrique Guilman Tanizawa³

RESUMO: o presente estudo fundamenta-se na análise do instituto das *structural injunctions*, estabelecido no direito processual norte-americano com o propósito de atribuir efetividade aos ditames jurídicos, decorrente do poder de decisão do magistrado que dele se utiliza, à luz do contexto apresentado pela obra literária "medida por medida", de william shakespeare. o artigo visa examinar as medidas estruturantes a partir do comportamento do magistrado no processo judicial, bem como apresentar a possibilidade de sua integração ao sistema jurídico brasileiro, considerando sua adequação constitucional e as influências decorrentes de eventual aplicação ao ordenamento pátrio, o que se justifica em razão da inexistência de normatização específica acerca do mecanismo abordado. para tanto, realizou-se pesquisa documental, vinculada ao passo de obras doutrinárias, decisões e trabalhos jurisprudenciais. assim, demonstrou-se a aproximação do direito para com a literatura, que, além de permitir a observação do comportamento humano a certa distância, promovendo a previsão de determinadas situações, também converge com o direito quanto à interpretação de suas normas, procedimento necessário à resolução de uma demanda. evidenciou-se, deste modo, que a adoção do instituto, da maneira como tem sido utilizado em seu país de origem, pode propiciar o emprego de posturas arbitrárias em razão da exigência de maior protagonismo judicial, tal como na obra literária analisada, dado que sua aplicação conta com o envolvimento do magistrado desde a interpretação da norma constitucional até a sua operacionalização, que, se não adequada à complexidade da discussão estabelecida na demanda, pode colocar em risco a segurança jurídica vislumbrada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Processo Estrutural. Efetividade. Decisão Judicial. Literatura. William Shakespeare.

ABSTRACT: the present study is based on the analysis of structural injunctions' institute, established in north american processual law with the purpose to attribute effectiveness to juridical rules, resulting from the magistrate's decision-making power that applies it, taking for base the context presented in "measure by measure", by william shakespeare. this article aims to study the structural injunctions from the judge's behaviour throughout the judicial process, as well as to present the possibility of its integration into brazilian legal system, considering its constitutional adequacy and influences arising due to a possible application to

¹ Recebido em 16/08/2023 e aprovado em 17/02/2024.

² Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

³ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Advogado.

mentioned juridical order, which is justified by the lack of specific regulation involving the addressed mechanism. for this purpose, documental research was conducted, linked to pace with doctrinal work, decisions and jurisprudence work. accordingly, it has been demonstrated the approximation between law and literature, which, besides allowing the human behaviour observation through some distance, promoting the prediction of certain situations, also converge with the law about the interpretation of its norms, procedure required to give a solution to a litigation. therefore, it became evident that the adoption of the institute, in the way it has been applied in its native land, can provide arbitrary postures usage, since a greater judicial protagonism is required, as verified in the literary work analysed, once its application counts with magistrate's involvement from the interpretation of the constitutional norm to its operationalization, which, if not suitable to the complexity of the discussion established on the judicial demand, can put at risk the legal security perceived by the brazilian legal order.

Key-words: Structural injunctions. Effectiveness. Decision theory. Literature. William Shakespeare.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como fundamento o processo estrutural enquanto instrumento processual capaz de sanar ameaça a valores constitucionais por meio da reformulação de instituições, cuja principal característica é atribuir efetividade à decisão prolatada, visando determinar os riscos de sua eventual adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Na adoção de um processo estrutural, o Judiciário, enquanto órgão capaz de atribuir sentido a valores constitucionais, ora abstratos, em confronto com a própria burocracia governamental, é capaz de ir além das possibilidades apresentadas pelas partes, no sentido de implementar a decisão sob uma perspectiva futura, por meio de planos, considerando a especificidade do local ao qual será direcionada.

Deste modo, a investigação acerca do tema propõe-se a analisar, com base em estudos de direito comparado e questionamentos ético-filosóficos, o processo estrutural como meio apropriado à resolução de demandas judiciais envolvendo interesses múltiplos, a partir da atuação jurisdicional da qual culmina na decisão própria deste mecanismo, com o intuito de apresentar a possibilidade de integração do instituto ao sistema jurídico brasileiro, considerando sua legalidade constitucional e as influências decorrentes da possível aceitação nas decisões judiciais.

Com a intenção de aproximar Direito e Literatura, o estudo foi realizado concomitantemente à análise da obra “Medida por Medida”, de William Shakespeare, questionando o comportamento dos personagens e o contexto apresentado pela trama, além de fazer menção a outros pontos de convergência entre uma área do conhecimento e outra.

Para tanto, todo o processo de produção de conhecimento foi empreendido por meio de pesquisa documental, vinculado ao passo de obras doutrinárias, decisões e trabalhos jurisprudenciais.

Sendo assim, é demonstrada, em primeiro momento, a importância de se relacionar o Direito com a literatura, cujos aspectos são correlatos para apreensão de uma mesma vertente de conhecimento. Em seguida, a obra “Medida por medida”, de William Shakespeare, é apresentada sob a inquirição do comportamento das personagens, especialmente quanto ao jogo de poderes retratado pela

trama, permitindo o posterior desenvolvimento da decisão estrutural, partindo de sua evolução histórica, e do papel que o magistrado representa nesta espécie de atuação no processo.

Assim, o exame do instituto é voltado ao questionamento sobre sua aplicabilidade na realidade brasileira a partir do desenrolar dos primeiros provimentos estruturais existentes no direito estadunidense, além de explorar o comportamento do magistrado quando dele se utiliza e aquele apresentado pelo personagem na peça, situação que propiciou o desenvolvimento da questão a respeito dos poderes e limites que incidem na tomada de decisões, além da possibilidade e riscos que uma postura ativista seria capaz de proporcionar.

I DIREITO E LITERATURA: UMA CRUZADA ENTRE FACTICIDADE E FICÇÃO

A maior compreensão de um tema ou área do conhecimento, e possivelmente a melhor, não é extraída somente por uma análise isolada do fenômeno, sem considerar seus desdobramentos e pontos de encontro com outras esferas, sendo a partir dessa conjuntura que se faz interessante a aproximação do jurídico para com o literário.

O aspecto histórico é ressaltado como um dos pontos de interseção com o Direito, tendo em vista que a Literatura nada mais é do que, muitas vezes, a própria representação da realidade. Desta forma, devemos considerar determinado momento histórico para desenvolvimento da trama e, sobretudo, para compreender sua relação “com os valores mais significativos de cada época e de cada cultura” (Carvalho, 2013, p. 276). Assim, o estudo da Literatura permite a abordagem paralela de situações abarcadas pelo Direito, em especial no tocante a ordenamentos jurídicos passados. A Literatura, portanto:

[...] nos mostra que existem vários modos de dizer as coisas. Enquanto os manuais jurídicos apresentam uma pretensa descrição neutral de um direito apartado de sua existência fática, as obras literárias fazem o contrário. Nestas, o direito encontra-se imerso na realidade cultural a que pertence, ampliando significativamente os horizontes de análise. (STRECK, 2015, p. 228)

O estudo transdisciplinar envolvendo o âmbito do Direito e da Literatura não apenas humaniza o teórico, mas, ao aproximar a realidade da ficção, possibilita indagações para além daquilo tido como posto – propõe-se o conhecimento do mundo por seus princípios imutáveis, embora não desconsiderando também os seus fenômenos transitórios. Os dois campos de conhecimento atuam, assim, como “mecanismos de mediação cultural, encorajando o questionamento de identidades e de lugares de poder e de subalternidade, bem como noções canonizadas de valor estético e cultural” (Carvalho, 2013, p. 275).

Eis a importância de relacionar a obra literária com o Direito – se o aprendizado por meio de histórias é incontestável desde o início dos tempos, a projeção da literatura para o âmbito jurídico proporciona a possibilidade de prever, talvez com maior precisão, os efeitos que determinadas opções podem

ocasionar na realidade, uma vez que as atitudes humanas costumam ser o objeto em análise, imprescindíveis para o desenrolar dos fenômenos sociais. Toma-se, então, consciência da verdade, presente na identidade do observador, ao analisar o exemplo (Pegorini, 2012, p. 14).

Não apenas pela humanização do direito, o estudo conjunto entre direito e literatura possibilita também um melhor entendimento acerca da interpretação de um texto, que, embora se presuma a necessidade de "descobrir o que seus autores (os legisladores ou os constituintes) queriam dizer" (Dworkin, 2000, p. 219) ao utilizar certas palavras ou expressões, não encontra seu fim último neste único escopo.

A hipótese de interpretação estética da literatura tem como objetivo básico "torná-la uma obra de arte melhor" (Dworkin, 2000), de modo que a importância dada à letra é tamanha a ponto de se considerar como única a possibilidade de sua interpretação, reputando comprometedor à essência textual qualquer mudança, elevando o texto, conforme posto, a um sentido canônico. Ainda nessa esfera, é possível analisar o trabalho a partir de duas vertentes: se considerarmos a obra como fator de comunicação, então a intenção daquele que a produziu deve ser conhecida para que dela possa se retirar sua finalidade; se a obra, contudo, apela para os sentidos e para as diferentes percepções que dela possam ser retiradas, então o foco principal passa a ser o leitor.

De qualquer modo, a intenção do autor não pode ser de todo ignorada, pois a obra somente existe em decorrência dela, embora não deva ser considerada como única verdade exposta pelo texto, uma vez que, por vezes, é possível que a obra tome forma própria, e o autor, em uma releitura posterior, perceba elementos ou qualquer outra coisa que antes não havia previsto, ou que, enquanto produzia, não notou que estivessem ali, atribuindo sentidos diversos à escrita quando analisada por si só.

Isto posto, se "o artista não pode criar nada sem interpretar enquanto cria", sendo esta a justificativa por detrás da criação, a qual provém do criador (sujeito), não diretamente e sem qualquer propósito da ferramenta que utiliza (objeto), igualmente:

O crítico, por sua vez, cria quando interpreta; pois embora seja limitado pelo fato da obra, definido nas partes mais formais e acadêmicas de sua teoria da arte, seu senso artístico mais prático está comprometido com a responsabilidade de decidir qual maneira de ver, ler ou compreender aquela obra a mostra como arte melhor. (Dworkin, 2000, p. 235)

O juiz, assim, quando ao decidir um novo caso, de modo algum deve considerar-se sozinho nessa cadeia formada pelo ordenamento jurídico, mas integrado ao conjunto de decisões, estruturas, convenções e práticas que formaram a história até então, ainda que a determinação provenha por seu próprio julgamento (Dworkin, 2000), o objetivo é dar continuidade (na verdade, efetividade) ao já previsto, tanto por meio da identidade, coerência e integridade ao ordenamento jurídico criado, como também demonstrando a finalidade e o valor daquela decisão, partindo do pressuposto de que seria a mais adequada (tal qual a hipótese estética de "melhor obra de arte") para a resolução da lide.

A despeito de o magistrado ter sua atividade limitada por algumas dimensões de ajuste, como as determinações de diversos documentos jurídicos, é o responsável pela escolha dentre os vários sentidos de interpretação possíveis, o que torna a interpretação jurídica mormente política, sendo que "essa

visão do Direito torna-o irredutível e irremediavelmente subjetivo, apenas uma questão do que cada juiz, individualmente, acha melhor ou do que ele comeu no café da manhã” (Dworkin, 2000, p. 242).

Deste modo, verifica-se que o magistrado não é capaz de desvencilhar-se por completo de suas convicções, ainda quando frente a julgamento que, em tese, exigiria uma postura mais objetiva e, portanto, imparcial, o que não impede, contudo, a constante busca para alcançar este ideal de julgador.

2 PROCESSO ESTRUTURAL E OS MODELOS DE JUIZ A PARTIR DE SHAKESPEARE: um JOGO PERVERSO PARA UM PROCESSO JUDICIAL DEMOCRÁTICO?

Notou-se uma metáfora latente vinculada ao eixo temático deste artigo sendo-a a obra “Medida por Medida”, de William Shakespeare. A trama literária possui como cenário a cidade de Viena, no início do século XVII – momento em que foi escrita, e, desde o título, percorre disfunções éticas e adversidades de um bom governo⁴.

2.1 Uma síntese narrativa da obra “medida por medida”

Logo no início da obra, o Duque Vicentio é apresentado deixando seu posto de governante, frente a um quadro de desordem e corrupção de costumes (Streck, 2015, p.232), sob o pretexto de aproveitar-se de um período de férias na Polônia, para Ângelo, sujeito virtuoso e conhecido por todos da sociedade como detentor de integridade e boa índole.

Partindo dessa substituição, o jovem cavalheiro Cláudio é preso e, posteriormente, condenado à morte sob a acusação de ter fornicado com sua noiva, Julieta. Então, sobre a irmã do jovem, Isabela, resta toda a esperança de argumentação passível de convencer Ângelo do contrário.

A princípio, Ângelo apresenta-se impassível, negando aos apelos de Isabela pela vida de seu irmão, conforme é possível extrair da seguinte passagem: “A lei, não eu, condena o seu irmão. Se fosse meu parente, irmão ou filho, seria o mesmo. Ele morre amanhã.” (Shakespeare, 2015, p. 47)

Contudo, a jovem insistente, que logo seria ordenada ao claustro, em tentativa seguinte encontra um Ângelo mais maleável, suscetível de reconsideração do caso, porém sob uma condição que parece afrontar toda sua reputação construída até então – tomado de concupiscência, sugere a entrega da castidade de Isabela para poupar a vida de seu irmão: “Não, Isabel, se me der o seu amor” (Shakespeare, 2015, p. 59). Nesse momento, Ângelo deixa de ser o “senhor da lei” para se tornar o “senhor dos sentidos” (Streck, 2015, p. 232).

Ocorre que a lei que permitiu a condenação de Cláudio já há muito havia sido inutilizada, e sua retomada se deu no afã de atender aos anseios voluntaristas do intérprete.

⁴ Conforme sustenta a própria tradutora do texto para a Língua Portuguesa, Barbara Heliodora, em espaço dedicado à sua Introdução para a obra.

Eis o cenário, portanto, em que a história se desenvolve – a substituição do governante se deu na tentativa de normalizar o caos ali presente, justificativa para o poder conferido ao substituto e oportunidade para a análise de seu modo de agir.

Tendo Ângelo I (como denominaremos sua representação até parte do Ato II) rejeitado a lei como decorrente de um processo histórico, para atender aos anseios da sociedade, e em conformidade com a moral vigente no período, para ater-se ao texto normativo, que está adstrito à apreciação do intérprete, como preceito único e verdadeiro, independente de qualquer outro conhecimento para sua fundamentação, a trama passa a ser impulsionada de modo a contestar a “verdade plena da lei”, que somente assim o foi até o momento de interferência dos sentidos do governante.

Embora, na peça, o governante substituto tenha sido bastante assente tão logo emitiu a sentença que condenou Cláudio, no instante em que conversou com Isabela pela primeira vez demonstrou indícios de que o argumento legal simbolizava mera justificativa antecipatória ao que faria em seguida. Nesse sentido verifica-se o comportamento contraditório (quicá, premeditado) da protagonista, em especial no seguinte discurso: “Eu não posso fazer o que não quero.” (Shakespeare, 2015, p. 45)

Após a visita de Isabela, Ângelo assume uma segunda postura, marcada pela discricionariedade no uso de suas funções como governante. Aquele que antes parecia venerar a “letra da lei” como desdobramento necessário para o “alcance da justiça”, passou então a relativizá-la para atender suas ambições pessoais, muito mais profundas e indecorosas para que pudessem ser compartilhadas com toda a sociedade, na certeza, contudo, de que permaneceriam encobertas. Eis o excerto que demonstra sua certeza sobre a imagem que transmite de si, bem como a verdadeira exposição de seu caráter:

Quem vai acreditar? Meu nome limpo, a minha vida austera, minha voz contra a sua, o cargo público, pesarão tanto contra sua acusação que você, sufocada pelo que afirma, vai cheirar a calúnia. Comecei, dou rédea solta à sensualidade. Trate de contentar meu apetite; deixe para lá pudores que enrubescem e encobrem suas intenções. Resgate seu irmão entregando-se a mim: de outro modo não só ele morre, mas seu descaso fará com que sua morte venha após longa tortura. Amanhã responda-me ou, pela afeição, que hoje me domina, também posso tornar-me um tirano. Mas você pode falar o quanto lhe aprouver: mentindo, inda peso mais que a sua verdade. (Shakespeare, 2015, p. 60)

Ocorre que o Duque Vicentio, ao abandonar seu posto de governante, não deixou a cena por completo, pois já possuía a intenção de observar o modo de agir de seu substituto. Para tanto, passou a usar trajes de frade na tentativa de não ser reconhecido:

para observá-lo [a Ângelo] no poder, como um irmão de sua ordem visitarei povo e príncipe. E peço que me forneça o hábito e me instrua sobre como portar-me formalmente qual frade verdadeiro. Mais razões pra tal ação eu lhe darei com o temo afora essa: Ângelo é correto, vive em guarda co'a Inveja; mal confessa que o sangue corre e que seu apetite é mais pra pão que pedra. Vamos ver se o poder muda o que parece ser. (Shakespeare, 2015, p. 24-25)

A própria passagem já anuncia um presságio acerca do rumo traçado pelo autor para a narrativa, o qual faz do Duque uma personagem-guia para a peça, figurando como referência de moralidade para todos os demais personagens, tanto que, ao fim, é ele que desmascara Ângelo perante o povo, pouco antes da execução de Cláudio, através de estratégia planejada para tal propósito.

Tendo Ângelo abandonado sua noiva, Mariana, em momento anterior não abordado pelo período do livro, Duque planejou para que esta senhorita, ciente de todo o plano, ocupasse o lugar de Isabela quando na entrega de seu corpo para salvar o seu irmão, oportunizando o cometimento de crime pelo qual outrora a personagem Ângelo estava a imputar a Cláudio. Em um dos últimos diálogos entre o Duque e a Isabela, aquele confronta as duas transgressões:

[...] mas, julgando o seu irmão, tendo ele dupla culpa – violador da santa castidade e inda traidor da palavra que deu – o que deu fim à vida de seu mano, grita a misericórdia que há na lei, bem alto, e obedecendo a ele mesmo: “Morte por morte, Ângelo por Cláudio. Pressa traz pressa, e o lazer, lazer; Feito por feito, medida por medida.” (Shakespeare, 2015, p. 129)

Entre as várias substituições proporcionadas por Duque, Cláudio somente não foi morto por ter sido enviada, em seu lugar, a cabeça de um pirata morto, Ragozine, vítima de febre já na prisão, o que lhe proporcionou o posterior perdão público. Ângelo teve de se casar com sua noiva, Mariana. Isabela foi cortejada pelo próprio Duque, de modo que a peça termina ainda com um toque de bom humor, em especial pela fala grosseira da personagem Lúcio, ao qual é atribuída uma ironia dramática durante todo o decorrer da trama.

2.2 Apontamentos acerca do texto literário

No momento em que Ângelo decide fazer uso da lei em desuso, em especial por seu alvedrio, nota-se a postura solipsista do protagonista, do qual decorre todo o objeto da trama, em especial neste trecho:

A Lei não ‘stava morta; ela dormia. Não teriam pecado todos esses, se o primeiro a infringir o estatuto houvesse respondido por seus atos. A lei desperta e nota, qual profeta, que os males que o futuro vê no espelho já concebidos ou que o acaso mostra sendo chocados e a ponto de nascer, que não mais passarão por tais etapas, morrendo antes que vivam. (Shakespeare, 2015, p. 47)

Na apresentação de Ângelo I, quando da interpretação estrita do enunciado legal por sujeito virtuoso, Shakespeare retrata, ainda que em forma de crítica, a personificação do chamado “mito do dado”⁵, pois a personagem ignora todo o contexto atual de superação do dispositivo que previa a pena de morte àquele que fornecasse antes de firmado o contrato de casamento. Assim:

[...] ao mesmo tempo em que Shakespeare critica uma justiça “mascarada”, também critica o “mito do dado”. Como um homem moderno, o bardo faz com que o seu personagem faça a predação do objeto. Para ele, não há mais que falar em *adeaquatio intellectum et rei*. (Streck, 2015, p. 233)

⁵ No mesmo sentido, cumpre apontar que Lenio Streck cuida deste tema a partir da metafísica clássica aristotélico-tomista e acaba projetando uma relação com a postura legalista. Para mais informações, vide: STRECK, Lenio Luiz. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Esse apego à “letra da lei” ainda é recorrente em decisões do nosso próprio Judiciário, sobressaindo-se, inclusive, ao limite semântico do texto legal quando na criação de um novo sentido ao texto, conforme se verifica no julgamento do HC 249918/SP⁶, pelo STJ, no qual o princípio da insignificância⁷ não foi aplicado ao caso de furto de objetos cuja soma resultaria no pequeno montante de R\$52,25, à época, pelo simples fato da incidência do tipo ao caso e à existência de outros processos em que o sujeito também era réu quando na análise do *habeas corpus* – não havendo que se discorrer sobre a reincidência e a obrigatoriedade do Estado de coibir pequenos crimes, pois ainda sequer havia sentença condenatória em outros autos capaz de lhe impossibilitar a concessão da ordem nesse julgamento e justificar a atuação repressiva ora adotada.

Quanto à postura do julgador, ao considerar o contexto de uma sociedade em transição, como na época do renascimento, não é possível delinear com precisão o modelo de autoridade a ser seguido. Ocorre que, ousado dizer, embora certos conceitos morais estejam bem assentados em um determinado período da história, o comportamento humano ainda será imprevisível, uma vez que suas ações são, por vezes, determinadas por seus desejos, dos quais não é possível afastar-se por completo, além de não serem passíveis de absoluto conhecimento quando ainda não exteriorizados. Assim, um modelo nesse sentido, em qualquer época que seja, é falho. A respeito da inconstância nos comportamentos, tem-se que:

Não há mais modelos a serem seguidos porque na vida de pessoas notáveis há singularidade e contingência (desprovida de autoridade normativa) e nesse contexto nenhum modelo é fixo ou universal, mas serve à orientação dos desejos do homem. (Pegorini, 2012, p. 15)

A atuação de Ângelo, na peça, constituiu atitude estapafúrdia para o momento em que se verificou, atingindo a todos de maneira inesperada, e ainda, na trama, de modo infeliz, em especial por sua fragilidade posteriormente desmantelada. Assim, se a conduta extravagante consiste em modelo cuja sensatez prevê distanciamento, seria possível caracterizar a conduta do magistrado que inova para muito além dos pedidos das partes e de modo a reestruturar o próprio sistema com incidência na demanda, ainda que de boa-fé (requisito mínimo a se esperar do operador do direito), como extravagante e, portanto, arriscada, uma vez a instabilidade do magistrado e a causalidade do efeito no caso concreto. A partir da primeira postura da personagem, extrai-se que:

⁶ HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. FURTO SIMPLES TENTADO. OBJETOS DE PEQUENO VALOR (UM VIDRO DE CACHAÇA, TRÊS PEÇAS DE CARNE E QUATRO PACOTES DE LINGUIÇA, COM VALOR TOTAL DE R\$ 52.25). APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. EXISTÊNCIA DE DIVERSAS AÇÕES EM CURSO, INCLUSIVE PELO EVENTUAL COMETIMENTO DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA TURMA. HABEAS CORPUS DENEGADO. [...]

(STJ - HC: 249918 SP 2012/0157604-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 23/10/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/10/2012)

⁷ Esse princípio permite que a tipicidade material seja afastada em razão da mínima ofensividade e reduzida reprovabilidade social da conduta do agente, inexistência de periculosidade social da ação e, por fim, da inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado, uma vez que o Direito Penal possui caráter de *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima). Embora o tema principal do artigo envolva o processo civil e o comportamento do julgador, seria ingênuo diferenciar os magistrados do juízo criminal e do juízo cível, uma vez que não há distinção quando na preparação e na escolha para a atribuição da função.

na peça *Medida por medida*, Shakespeare, através da crítica da mentira, mostra um agir temerário de Ângelo que pretendeu governar de acordo com um modelo de virtude (representado) que estava de acordo com as leis civis rigorosas do lugar, mas em oposição aos usos e às práticas em sociedade, então tal modelo não teve eficácia. (Pegorini, 2012, p. 25)

No livro, é a postura de Ângelo II que permite explicitar o ato do julgamento como um ato de vontade de poder⁸ investido no cargo do julgador, tendo em vista sua latente contradição com o modo de agir anterior⁹, e é Isabela que primeiramente denuncia a ampla liberdade decorrente desse livre convencimento do qual o julgador possui como prerrogativa: “[...] Oh bocas perigosas, que contendo uma só e única língua pra condenar ou dar aprovação, fazendo a lei curvar-se ao seu capricho, fismam o bem e o mal de acordo co’o apetite, e puxam sua linha!” (Shakespeare, 2015, p. 60-61)

Outro aspecto a ser ressaltado é a reincidência¹⁰, porém numa versão expandida, do solilóquio presente em *Hamlet*, peça publicada 20 anos antes da peça estudada, também de Shakespeare, quando na célebre frase “Ser ou não ser? Eis a questão”, representado pela fala do Duque quando em visita à Claudio na prisão:

[...] espere só a morte: morte ou vida serão assim mais doces. Diga à vida: se eu te perder, eu só perco uma coisa que só os tolos querem. És um sopro sujeito a todas as influências celestes, que afligem constantemente esta prisão em que vives. És o bobo da Morte; dela é que buscas ‘star sempre fugindo, e pra ela é que corres. Não és nobre, pois todos os confortos que te envolvem vêm do mais reles. Tampouco és valente; pois temes tornar-se a refeição de pobres vermes. O sono é o repouso, que tantas vezes buscas, mas tens medo da morte, que é só isso. Nem és nada, pois só existes por milhões de grãos que saíram do pó. E nem és feliz, pois sempre lutas pelo que não tens. Tu não és firme, pois teu aspecto muda estranhamente segundo a Lua. Sendo rico, és pobre; pois qual asno vergado pelo ouro, nesta viagem carregas pesadas riquezas em que a morte o liberta. Sem amigos, as próprias tripas que te chamam pai, e até os eflúvios dessa tua ilharga, xingam a gota, a sarna e o catarro por não matar-te logo. Não és jovem nem velho, mas um sono após a ceia, que sonha co’ambos. Pois tua juventude é qual velhice a implorar esmolas ao velho enfermo. E se velho e rico, faltam-te fogo, afeto e até beleza pra gozar as riquezas. O que, nisso, podes chamar de vida? Na vida, escondem-se mil mortes e nós tememos a morte que nivela tudo. (Shakespeare, 2015, p. 61-62)

Nesse fragmento, Shakespeare, por meio do Duque, realça a importância do autoconhecimento, uma vez que inspira Cláudio a refletir sobre a natureza da mortalidade ao se aproximar da morte que não o alcançou de fato. Em outras passagens, a mesma personagem conduz Julieta a refletir sobre seu próprio comportamento (Ato II, Cena III), e Isabela a entender a piedade como virtude tão indispensável quanto a justiça (em especial em sua súplica presente no Ato V, Cena I).

Ocorre que esses solilóquios não são tão constantes com relação ao Duque como são quanto a Ângelo, de modo que não é possível afirmar a veracidade da natureza que aquela personagem aparenta em grande parte da trama, e isso somente se percebe em uma de suas últimas falas, enquanto está a

⁸ Discussão realizada pela crítica hermenêutica do direito para demonstrar uma relação entre a vontade de poder explicitado no fatalismo nietzschiano e o positivismo normativista de Hans Kelsen. Para maiores informações, vide: STRECK, L. L. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 222-223. No mesmo sentido, cumpre salientar: KELSEN, H. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WNF-Martins Fontes, 2012. p. 392-394

⁹ “He [Angelo] is a self-deceiver rather than a deceiver of others.” (Schanzer, 1963, p. 103)

¹⁰ Por coincidência ou não, as duas passagens se encontram no mesmo trecho de seus respectivos livros: Ato III, Cena I.

condenar Lúcio, explicitando o motivo pelo qual o faz: “Quem ofende príncipe o merece.” (Shakespeare, 2015, p. 134).

Assim, Shakespeare aparenta deixar ao leitor a indagação acerca do comportamento dos dois personagens (Ângelo e Duque), de modo que dos dois governantes (e julgadores) é possível extrair comportamentos duvidosos, permitindo depreender a deturpação como proveniente do próprio poder a eles atribuído.

3 A IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DOS JUÍZES

Nesta quadra da história, o ato de decisão se assemelha, por demasiado, a um jogo de xadrez, em que cada peça tem um movimento específico e pré-definido, por exemplo, o Legislativo tem como peça a constituição de leis e atos normativos pautados nos anseios da comunidade política; já o Poder Executivo tem como seu afã a concretização de Políticas Públicas que viabilizem o caminhar da efetivação das leis da República; e, por fim, temos o Poder Judiciário, poder este encarregado de aplicar as regras deste jogo.

A interação entre esses Poderes, contudo, resultou em diversos processos de intervenção em esferas distintas daquelas para os quais cada um foi criado para atuar, constituindo uma espécie de fiscalização mútua para o bom desenvolvimento estatal.

Um desses controles, exercido pelo Poder Judiciário, é o chamado “Controle de Constitucionalidade”¹¹, que possui como *leading case*¹², nos Estados Unidos da América, o caso *Marbury v. Madison* (de 1803), no qual William Marbury, um dos juízes de paz nomeados às pressas quando na perda das eleições presidenciais, de 1800, dos federalistas em favor dos republicanos, e em razão de movimento estratégico para deixar ramificações do partido perdedor com a finalidade de não se eximir por completo do poder, acionou a Suprema Corte para requerer seu ato de investidura, permitido pelo *Circuit Court Act*, porém não realizado em função do tempo e não outorgado pelo novo Secretário de Estado, James Madison, a qual considerou o dispositivo legal no qual se baseava seu *writ of mandamus* (equivalente ao nosso mandado de segurança) como inconstitucional – houve o reconhecimento de conflito entre uma lei federal e a própria Constituição do país, bem como a prevalência desta.

¹¹ O controle de constitucionalidade tem como objetivo exercer uma filtragem constitucional no ordenamento jurídico, cujo horizonte é alcançar uma alta constitucionalidade na esfera da validade e eficácia dos textos legais. Por conseguinte, chancelando a (in)constitucionalidade do ato normativo a partir da supremacia da Constituição, entendendo-se, dessa forma, a Carta da República como um livro de regras básicas da democracia. Eis o motivo para a existência do controle de constitucionalidade: para que todas as leis da República sigam as regras do jogo democrático. Para maior aprofundamento no tema: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP. p. 154-155.

¹² É a controvérsia originária, a qual, por se tratar de matéria relevante, tem seu julgamento tido como paradigma para todos os demais órgãos julgadores.

Esse exame de normas infraconstitucionais seguiu, posteriormente, para casos envolvendo questões raciais, sendo três os escolhidos como de maior repercussão: *Dred Scott v. Sandford*¹³ (em 1857), *Plessy v. Ferguson*¹⁴ (em 1896), até alcançar o caso simbólico de *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954, cuja solução tornou-se exemplo emblemático de desenvolvimento das *structural injunctions*.

Antes desse último caso, contudo, em 1938, houve o julgamento da demanda *United States v. Carolene Products*, que resultou na disposição de uma anotação (*footnote n. 4*) que estabelecia a presunção da constitucionalidade das disposições produzidas pelo Legislativo, definindo a atuação do Judiciário como vinculada a eventual “falha legislativa”, isto é, quando, justificadamente, o processo legislativo fosse considerado inadequado, delineando o ativismo judicial a ser manifestado posteriormente.

Foi então, no julgamento de *Brown v. Board of Education of Topeka*, que a Suprema Corte dos Estados Unidos manifestou-se de maneira incomum: na ação coletiva ajuizada por 13 pais contra o município de Topeka (Kansas), a política de segregação contestada quanto à sua incidência nas escolas fundamentais foi considerada inconstitucional por confrontar o disposto na 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América¹⁵. Após um ano, as reclamações, dessa vez, das escolas sobre a dificuldade de implementar a decisão, impeliram a Suprema Corte a reexaminar o caso, em que proferiu novo julgamento conhecido como *Brown v. Board of Education II*, no qual a integração entre as crianças ocorreria por meio da “progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das cortes locais” (Arenhart, 2013, p. 395).

A própria intervenção judicial no *leading case* se insere em uma das duas hipóteses de falha legislativa dispostas na *footnote n. 4* – a de preconceito direcionado a minorias “discretas e insulares”, que no caso seria a comunidade negra do estado americano do Kansas.

Ocorre que esse comentário (*footnote n. 4*) não explica a função judicial, ainda que em casos de falha legislativa, de modo que eventual inversão, mudança ou expansão da redação da nota n. 4 acarretaria a incoerência de sua utilização (FISS, 1979). Por essa possibilidade decorrer do fato de que qualquer um pode reclamar a posição de minoria insular (seja ao perder uma briga política ou falhar na tentativa de obter atenção do Legislativo ou Executivo), a redação da anotação é evidentemente incompleta.

A teoria da falha legislativa identifica ocasiões em que o poder do Judiciário deve ser usado, mas não explica o motivo para essa intervenção ou o modo de procedência para tanto. Além disso, não há como afirmar que a atuação do Judiciário seria capaz de corrigir essa falha – é impossível afirmar que o modelo proposto pelo magistrado, se utilizado antes, teria evitado esse próprio estado de defeito. A alternativa judicial, por si só, é tida como imprecisa em seus efeitos.

¹³ *Dred Scott*, escravo, pleiteou por sua liberdade, sob o fundamento de ter constituído residência em áreas onde era proibido o sistema escravocrata, em virtude do Missouri Compromise (lei que proibia a escravidão em determinados territórios dos Estados Unidos). Este julgamento precedeu a Guerra Civil estadunidense, que, por sua vez, culminou na promulgação de três emendas à Constituição dos Estados Unidos – a décima terceira, a décima quarta e a décima quinta. (Jobim, 2013, p. 67-72)

¹⁴ O caso constitui narração do crime cometido por Homer Plessy que, ao entrar em um vagão de trem destinado apenas a brancos, tinha como objetivo testar a Louisiana’s Separate Car Act (lei que determinava o oferecimento de acomodações iguais, porém separadas, aos passageiros pelas companhias ferroviárias, tomando por base a cor da pele de cada um). (Jobim, 2013, p. 72-75)

¹⁵ Essa decisão somente foi possível em razão da mudança em curso na sociedade da época – a escravidão já havia sido abolida e aos negros havia sido garantido (embora ainda limitado) o direito ao voto.

A existência do Judiciário, portanto, não deve ser vista como decorrente de falha do Legislativo ou do Executivo, mas como uma instituição governamental organizada e dotada de funções próprias, sendo, uma delas, a capacidade de atribuir significados a valores constitucionais.

E foi o que aconteceu quando no julgamento de *Brown v. Board of Education of Topeka*, no qual a 14ª Emenda foi interpretada em favor daquela comunidade negra, por conta do princípio da igualdade dela extraído.

As medidas estruturantes constituem, portanto, um instituto processual por meio do qual, o Judiciário¹⁶, exercendo sua função de atribuir conteúdos operacionais a valores constitucionais, os quais possuem ampla possibilidade de interpretação, acompanha a implementação de ações, previamente discutidas e escolhidas, com o objetivo de modificar, como o próprio nome antecipa, a estrutura de organizações burocratizadas¹⁷. É o Judiciário interferindo diretamente, declarando o direito e acompanhando sua efetivação, na realidade originária da ameaça, na tentativa de permitir a eficácia de ditames previstos pela Constituição.

A estes significados, aos quais são atribuídos valores públicos, é sempre devida a harmonia para com a Constituição como um todo. Quanto mais distante a interpretação do texto, maior a possibilidade que abusos sejam cometidos. Quando magistrados se utilizam de convicções próprias, refletindo suas experiências sociais, sob o pretexto de terem encontrado o verdadeiro significado do valor ali inserido, há a possibilidade de fuga da intenção presente no texto constitucional (Fiss, 1979, p.11). Eis outro ponto de apoio à teoria da falha legislativa, a qual, contudo, em momento algum apontou os motivos pela preferência do povo (representado pelos legisladores) à preferência dos magistrados.

A grande questão, no entanto, é a perda da crença nos valores da Constituição, o que impediria, partindo do conceito de que o Judiciário seria o verdadeiro intérprete dos valores constitucionais, função própria da atuação dessa instituição – o alvo, portanto, não seria apenas o modo de agir dos magistrados, mas o desdobramento de uma predileção à representatividade daquilo que o povo tem considerado importante em determinado momento, tradução da legitimidade do Legislativo. Ocorre que aquele que julga não deve, também, ser, de todo, visto como dissociado da sociedade e de suas inclinações, uma vez ser parte inequívoca desta.

Não fosse este o caso, tal limitação sequer teria motivos para ser apresentada:

the judge must be certain that the full range of interests is vigorously represented, but he need not turn his back on the constitutional claim or deny an effective remedy because each and every individual affected will not or cannot meaningfully participate in the suit. (Fiss, 1979, p. 41)¹⁸

¹⁶ Assim como o Executivo e o Legislativo, além de instituições privadas, não figurando de todo sozinho neste trajeto.

¹⁷ As *structural injunctions*, nesse sentido, decorrem da necessidade de se afirmar direitos constitucionais no plano material a partir de decisões "denominadas 'estruturais' em virtude de o tribunal, para dar-lhes efetivo cumprimento e garantir a observância do direito das partes, exercer necessária supervisão nas práticas e políticas adotadas pelas instituições que estão sob intervenção judicial". (Bauermann, 2017, p. 284)

¹⁸ Tradução livre: "o juiz deve ter certeza de que os interesses estão plenamente representados, mas não precisa virar as costas à demanda constitucional ou negar um remédio efetivo caso cada um dos indivíduos afetados não participe ou não possa participar significativamente no processo judicial. (FISS, 1979, p. 41)"

Nesse sentido, verifica-se que o processo estrutural diferencia-se do processo tradicional, uma vez que preza pela participação dos grupos interessados na demanda e que por ela podem, de algum modo, ser afetados, não resultando em mera conversão do processo tradicional, como ocorre no processo coletivo em relação ao processo individual¹⁹, mas mas em demanda com peculiaridades atinentes ao conflito estrutural, o qual é constituído pela coexistência de interesses e multiplicidade de sujeitos, os quais não necessariamente devem encontrar-se em posições antagônicas no decorrer do processo (Arenhart, 2017) — no processo estrutural, portanto, reformula características "como a adstrição da decisão ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada" (Arenhart, 2015, p. 216).

O processo estrutural, por lidar com a estrutura de organizações, como o próprio nome pressupõe, é mais suscetível de erros, principalmente pela magnitude das mudanças que visa promover. Além disso, ao ter de prever o futuro e a implementação de medidas gradativas, não possui meios de garantir que a solução pretendida realmente alcançará o objetivo esperado.

Ocorre que, embora essa instabilidade faça parte do processo estrutural, isso não significa que o Judiciário deve deixar de lidar com eles. Por ser função desse órgão agir nos limites daquilo que melhor faria, no caso, aquilo com maior índice de sucesso (se ater à resolução de litígios), os sucessos eventuais compensariam as próprias falhas recorrentes, também pelo primeiro motivo (Fiss, 1979, p. 32).

Para tanto, essa mesma crítica propõe que os processos estruturais sejam deslocados para operações administrativas, sob a justificativa de que esse âmbito teria maior conhecimento sobre o funcionamento das organizações alvo das medidas resultantes do processo, parecendo se esquecer, contudo, que este modelo de processo está muito mais relacionado à atribuição de sentidos aos valores públicos, à eliminação de ameaças, do que a mera alteração na operacionalização de determinadas instituições. (Fiss, 1979)

Aqueles que defendem a compatibilidade do instituto com o ordenamento brasileiro se apoiam na premissa de que as *structural injunctions* encontram guarida na possibilidade assentada pelo STF de que o Judiciário é ente competente para intervir em políticas públicas, especialmente quando em casos de ofensa aos direitos humanos, além de constituir mecanismo mais "maleável – e, até mesmo, dialogado – de solução de controvérsias" (Arenhart, 2013, p. 396). Nesse sentido:

antes de implementar uma medida estruturante, o magistrado deve ouvir a opinião dos interessados e de terceiros que possam auxiliá-lo na tomada da melhor decisão para o caso e, sobretudo, evitar provimento que por mais bem intencionado que seja, pode trazer consequências indesejadas. (Pinho; Côrtes, 2014, p. 254-255)

¹⁹ No processo coletivo, a legitimidade atribuída a instituições específicas não garante, com precisão, a verdadeira representação dos anseios da sociedade, culminando na possibilidade de transformar o processo em promoção dos desejos do representante, que pode conduzi-lo da maneira que melhor lhe apetece — a ausência da participação dos sujeitos em discussão no processo coletivo faz com que prevaleça a vontade do representante, que nem sempre coincide com a vontade do grupo representado. Observa-se, assim, que o processo coletivo mantém o magistrado adstrito ao princípio dispositivo e ao princípio da demanda, tal como o processo individual, de modo que "se a imperícia ou a negligência do autor coletivo conduz a uma solução inadequada do caso, é talvez porque esse é o 'desejo da coletividade'." (ARENHART, 2017, p. 427)

A decisão estruturante seria uma medida de concretização extensiva e ampla de direitos a ser utilizada, não substituindo medidas mais simples que possam conter o conflito, tendo em vista o seu grande porte e conseqüente “elevado custo de recursos”. (Fiss, 1979)²⁰

Ademais, imprescindível seria a atenuação do princípio da demanda, o que, como já apontado, em uma leitura apressada, implicaria em disseminação do ativismo judicial para essas situações, uma vez que o magistrado de fato julgaria, e não mais decidiria entre um argumento e outro, deixando de ficar adstrito ao pedido formulado pelas partes.

O processo estrutural, todavia, depende tanto da declaração do direito como da implementação da solução encontrada, etapas que não poderiam ser divididas entre dois agentes estatais, uma vez que a implementação, se praticada por agente diverso, poderia transformar a declaração para algo diferente daquilo que havia sido prevista (Fiss, 1979, p. 52). Eis a defesa para que o magistrado deste modelo de processo declare e participe da efetivação do direito. (Fiss, 1979, p. 52).

No entanto, uma situação provável durante a efetivação do valor constitucional judicialmente interpretado seria a perda da independência do juiz (talvez, inclusive, da imparcialidade tão esperada) quando durante a efetivação da medida, que pode durar anos e envolver várias entidades de uma só vez, o magistrado tende a se envolver demais com a solução encontrada e se afastar da organização destinatária da modificação, de modo a se identificar muito mais com a medida e com as implicações de fazê-la produzir resultados satisfatórios (Fiss, 1979, p. 52). Além disso, assim como a afirmação sobre a disposição de efetivar a solução escolhida, também é possível afirmar a dificuldade de qualquer juiz em declarar sua impotência, o que o levaria a adaptar o direito à medida (Fiss, 1979, p. 55).

No mais, a solução emitida pelo magistrado deve tratar da ameaça ao ditame constitucional, não da violação, que, neste sentido, pode ser entendida como o incidente que teria dado origem ao processo, solução esta que deve ser determinada dentre várias, tendo em vista que a escolha entre as possibilidades é um processo a ser construído durante esta etapa processual de reparação – a depender da construção, qualquer desenlace poderia modificar o rumo das medidas, embora a ameaça continuasse sendo a mesma.

Esse princípio, de se fazer algo especialmente para atingir um propósito, também não foi feliz ao estabelecer que a solução encontrada decorre unicamente da violação do direito. Isso porque outros fatores (sejam normativos, ao estabelecer valores diferentes daquele que ocasionou a intervenção, ou não) costumam influenciar na escolha da resposta mais adequada ao processo e, uma vez escolhida, dão forma às medidas impostas.

A necessidade de certeza ao se prolatar a sentença também é outro erro apontado. É claro que o magistrado deve sim buscar o melhor modo de resolver a controvérsia. Todavia, é provável que, ao acompanhar a implementação da decisão, tenha de alterar medidas para que o objetivo seja, de fato, alcançado. Por vezes, a solução que antes parecia ser a melhor alternativa para o problema não apresenta os resultados esperados, ou se mostra mais onerosa que o previsto, ensejando sua substituição.

²⁰ Owen Fiss (1979, p. 29) entende ser função do Judiciário, não a resolução de litígios, mas o modo de atribuição de significados aos valores públicos constitucionais. Ciente de que disputas surgem o tempo todo durante o processo de evolução das sociedades, aponta a arbitragem como método capaz para a resolução de conflitos.

4 A MEDIDA POR MEDIDA DO PROCESSO ESTRUTURAL

À postura positiva do juiz, muito mais do que à própria tripartição de Poderes, foi atribuído o desaparecimento recente da utilização das decisões estruturais em julgados da Corte norte-americana, em especial pelo temor à interpretação da Constituição com base apenas na perspectiva pessoal do magistrado (Gilles, 2003, p. 161) que, ao instituir soluções em longo prazo para a resolução do litígio, sem qualquer limitação para tanto, poderia propagar no tempo a emissão de ordens e criação de regras com base, em última análise, em sua própria moral, anunciando a intenção de fazer o bem e não mais aplicar e interpretar a finalidade do ordenamento já posto. A essa discricionariedade temerária é possível a condução de falsa existência em si, enquanto ser supostamente superior, cujo poder de decisão seria inquestionável, tanto que:

Neither the top-down concern expressed by the neo-federalists, nor the functional concerns of separation of powers jurisprudence captures the core, and very deep, critique that judges exercising broad, long-term remedial authority over local institutions are playing God: making rules and issuing orders based solely or largely on their own personal moral views. (GILLES, 2003, p. 161)²¹

Anos após a resolução do emblemático caso de *Brown vs Board of Education*, observou-se, nos EUA, a vulnerabilidade da atuação judicial quanto à autonomia atribuída ao julgador para a modificação de microssistemas estatais, de modo que tornou-se necessária a criação de algumas espécies de barreiras para a propositura de ações cuja pretensão seria a utilização das *structural injunctions*²².

Na peça em questão, Cláudio poderia ter perdido sua vida não fosse a interferência do Duque, cujo papel se mostrou ser o de conduzir e ponderar a própria peça, sem, contudo, atrair a atenção para si²³, enquanto que, em situações não literárias, o magistrado poderia lesionar ainda mais a instituição a qual pretende corrigir a violação constitucional quando não vinculado a qualquer tipo de segurança normativa²⁴, a qual somente adquire validade após superar um procedimento próprio, envolvendo discussões sobre a necessidade e o verdadeiro anseio social, o que não ocorre no curso de um procedimento judicial.

²¹ Tradução livre: "Nem a preocupação hierárquica expressa pelos neo-federalistas, nem as preocupações funcionais de jurisprudência acerca de separação de poderes apreendem a crítica base, e muito profunda, de que os juízes, ao exercer autoridade ampla e a longo prazo sobre instituições locais, estão brincando de Deus: criando regras e emitindo ordens baseadas, exclusivamente ou em grande parte, em suas próprias visões morais." (Gilles, 2003, p. 161)

²² Além da exigência dos requisitos já assentados, uma dessas barreiras se resume à restrição do requerente – somente poderia propor ação que ensejasse a aplicação de medidas estruturantes aquele que demonstrasse que foi ou que poderia ser atingido pela violação constitucional alegada, não sendo suficiente que apenas comprovasse o modo como foi atingido, caso envolvesse ação passada, mas também a persistência dos efeitos prejudiciais dela decorrentes. (Gilles, 2003, p. 164)

²³ Talvez seja por isso que, apesar da existência de solilóquios envolvendo as demais personagens, permitindo ao leitor a análise individual do psicológico de cada um deles, Shakespeare não se preocupou em fazer o mesmo para com o Duque.

²⁴ O juiz pode não possuir os conhecimentos necessários sobre a dinâmica da organização que pretende modificar e, devido também a outros fatores, pode ser compelido a escolher a solução que talvez não seja a mais adequada ao caso.

Embora a personagem representada por Duque tenha reestabelecido, ao menos momentaneamente, a ordem na peça, não é possível depreender, conforme já assentado, sua atitude como regular ou tampouco genuína, tendo em vista que ao final da peça deixa transparecer o caráter pessoal da motivação a qual gerou a condenação de Lúcio, o que torna duvidosa a consideração de uma continuação para além da resolução da trama principal – não é possível afirmar, por exemplo, que com a destituição de Ângelo e a volta de Duque ao poder o cenário se transformaria em exemplo de justiça e equidade; que Duque seria o verdadeiro oposto de Ângelo, fazendo jus à retomada da função de julgador.

Assim, tendo em vista a utilização das decisões estruturais como dependente de certa autonomia atribuída ao magistrado, relativamente afastado inclusive das amarras do ordenamento jurídico do qual é parte e para o qual deve agir em favor, bem como da volatilidade comportamental característica do ser humano em geral, o instituto, quando considerado em terras brasileiras, deve ser encarado com cuidado.

Um dos vários motivos aos quais foram atribuídos o enfraquecimento e a limitação das decisões estruturais ao longo dos anos em seu país de origem diz respeito, também, à restrição dos sujeitos afetados pela implementação da decisão estruturante, os quais poderiam questionar novamente o litígio causador da mudança²⁵. Deste modo:

Because structural injunctions seek to reorganize bureaucratic organizations, they will necessarily affect people who, at the moment of the initial suit, have no relationship whatsoever to the organization but who may be brought into contact with the organization at some later day and only then be adversely affected by the decree. (Fiss, 1993, p. 970)²⁶

Deste modo, ciente da ameaça que a atitude do julgador pode causar quando afastada do direito consolidado, além das diversas tentativas de controle desse instrumento instauradas em julgados norte americanos, seria arriscado admitir a implementação do instituto, da maneira como é conhecido em seu país de origem, no sistema jurídico brasileiro, uma vez o reconhecimento dos efeitos que o protagonismo judicial ilimitado pode causar.

Com efeito, o processual estrutural assume relevância e vem, aos poucos, compondo a agenda do Poder Judiciário brasileiro. Em uma sociedade culturalmente arraigada pela litigiosidade e com estruturas estatais fragilizadas pela incompetência e baixos níveis de funcionalidade, não razão para não se volver ao tema.

CONCLUSÃO

²⁵ Esse é o direito individual de participação extraído do julgamento de *Martin v. Wilks*, em 1989. Owen Fiss, ao questionar esse direito como capaz de expor a decisão a um ataque permanente de indivíduos não participantes do processo de adjudicação, defende o direito de representação, de modo que bastaria a plena representação das vontades e necessidades de um grupo por um único sujeito capaz para tanto. Para mais informações, vide: FISS, Owen. *The Allure of Individualism*. **Iowa Law Review**. vol. 78, n.5, 1993, p. 965-980.

²⁶ Tradução livre: "Tendo em vista que as medidas estruturantes procuram reestruturar organizações burocráticas, elas afetarão, necessariamente, pessoas que, no momento inicial do processo, não possuem qualquer relacionamento com a organização, mas que dela podem se aproximar em algum momento depois e somente então ser negativamente afetada pela decisão." (Fiss, 1993, p. 970)

Como se pode observar, o presente estudo evidencia o perfil de instabilidade decorrente do uso das medidas estruturantes, especialmente em virtude da atuação desmedida do magistrado quando se utiliza desse instrumento.

As decisões estruturais, então, podem ser conceituadas como o instrumento utilizado pelo Judiciário para interferir, de modo contínuo e por meio de etapas bem definidas, na estrutura de instituições burocráticas, com a finalidade de resguardar os valores constitucionais ali violados, sempre tomando por base a interpretação dada pelo julgador em questão quanto ao conteúdo operacional derivado da norma.

Ao considerar a obra “Medida por Medida”, por um lado há Ângelo, personagem da trama de Shakespeare, que em um primeiro momento rejeita a produção legal como resultado de um processo histórico para ater-se à letra da lei, que sequer refletia mais a sociedade para a qual foi criada, para então propor atitude diversa (além de questionável) em seguida, o tempo todo em favor de sua vontade, como se fonte única e ideal de compreensão dos fenômenos que permeiam a vida em conjunto.

Tomando por base o papel do julgador quando utiliza o instituto examinado no trabalho, é possível afirmar que o irrestrito protagonismo judicial, nesse contexto, pode ser capaz de causar danos muito maiores do que aquele que pretende sanar, ainda mais por se tratar de reformulação de entidade burocrática, devido à sua complexidade e importância social. Se a interpretação é imanente ao sujeito e, portanto, submetida à carga valorativa que ele mesmo construiu ao longo da vida, bem como aos seus sentidos e modo de experimentar o mundo, é possível a atenção maior a sua maneira de melhor lidar com o problema do que com aquilo que o ordenamento realmente poderia conjecturar, colocando em risco a segurança jurídica do Estado Democrático de Direito.

Deste modo, vale lembrar que por este mesmo motivo o uso desse instituto processual vem sofrendo restrições, em especial desde os anos 60 e 70, o que possibilitou o entendimento sobre seus reflexos e permitiu questionamentos acerca da legitimidade das mudanças ocorridas. A Suprema Corte norte-americana não demonstrou uma posição uniforme acerca da utilização desse modelo de reforma estrutural, decidindo ora contra, ora a favor de sua utilização.

Conclui-se, portanto, que embora o instituto das *structural injunctions* tenha contribuído de modo bastante contundente para a efetividade de disposições constitucionais norte-americanas em meados do século XX, sua legítima adoção pelo ordenamento brasileiro, tal como está, exige cuidado, o que nada impediria, contudo, que após mais estudos e propostas de limitações à atuação do magistrado, bem como acerca da carga de responsabilidade a incidir sobre os efeitos das medidas, que o instituto fosse conformado à realidade brasileira e em conformidade com os ideais esperados do Judiciário pela sociedade. Se a preocupação é tornar a esfera jurídica cada vez mais eficiente e digna de crédito social, os instrumentos não devem ser tratados como axiomas, mas questionados o tempo todo, especialmente em razão da realidade sobre a qual deve recair.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sergio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, vol. 225, p.389.

_____. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Revista de Processo Comparado: Rcp, Brasília, v.1, n.2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99442>>. Acesso em: 29 de março de 2018.

_____. **Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes**. In: ARENHART, Sérgio Cruz et al (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448.

BAUERMANN, Desirê. **Structural injunctions no Direito norte-americano**. In: ARENHART, Sérgio Cruz et al (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202.

CARVALHO, Isaias Francisco de. **A luta pelo direito nas interseções do literário com o jurídico**. *Revista da Faculdade de Direito Ufpr*, [s.l.], v. 57, p.269-282, 3 dez. 2013. Universidade Federal do Paraná. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v57i0.34567>.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FISS, Owen. **The Allure of Individualism**. *Iowa Law Review*. vol. 78, n.5, 1993, p. 965-980.

_____. **The Forms of Justice**. *Harvard Law Review*, n° 93, Nov. 1979. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers >. Acesso em: 09 dez. 2016.

GILLES, Myriam. **An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops ... It's Still Moving!** *University of Miami Law Review*, Coral Gables, v. 58, n. 1, p.143-171, out. 2003. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1433&context=umlr>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. 238 p.

KELSEN, Hans. Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. *The Journal Of Politics*, Chicago, v. 4, n. 2, p.183-200, maio 1942. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2125770>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WNF-Martins Fontes, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP.

PEGORINI, Fernanda Vecchi. Quando sou autoridade, não sou autoridade: identidade na ambivalência em *medida por medida*, de Shakespeare. **I Colóquio Internacional de Direito e Literatura**. Passo Fundo, v. 1, n. 1, 11-26, 2012. Disponível em: <https://www.imed.edu.br/Uploads/ANAIS_2012_01.pdf> Acesso em 29 de Maio de 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CORTÊS, Victor Augusto Passos Villan. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. n. 13. Rio de Janeiro: 2014.

SCHANZER, Ernest. **The Problem Plays of Shakespeare: A study of Julius Caesar, Measure for Measure, Antony and Cleopatra**. New York: Schocken Books, 1963.

SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. Tradução de Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. 144 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Os modelos de juiz e a literatura. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 227-236.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PODE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CELEBRAR ACORDO EM PRECATÓRIO PARA RESOLVER LITÍGIOS? PROPOSTA DE RELEITURA DO ART. 100, §20 DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA¹

MIGHT THE ADMINISTRATION REACH AN AGREEMENT TO RESOLVE LAWSUITS OF PUBLIC DEBTS? PROPOSAL FOR ARTICLE 100, §20 OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION

Bruna Ferrarini Berleis²

Brunna Regina Picote³

Rene Erick Sampar⁴

Resumo: O presente artigo apresenta a possibilidade de celebração de acordo em precatório como forma de resolução de litígios para a administração pública. A hipótese envolve análise de caso concreto entre os municípios paranaenses de Campina Grande do Sul e Antonina, este último credor do primeiro de aproximadamente R\$ 28.000.000,00 (vinte e oito milhões). Para isso, tomou-se com base a releitura do artigo 100, § 20 da Constituição Federal, dispositivo que define a regra de que “15% (quinze por cento) do montante dos precatórios apresentados nos termos do § 5º deste artigo, [...] serão pagos até o final do exercício seguinte [...] ou mediante acordos diretos, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios [...]”, combinado com a leitura do artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e princípios do direito administrativo. Contudo, referido acordo não foi homologado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, com base no argumento de que neste caso haveria interpretação extensiva da Constituição Federal, o que conforme os argumentos aqui expostos, verá como possível tal forma de resolução do conflito, ante a possibilidade da administração pública poder realizar acordos, sem a necessidade de nova Emenda Constitucional, pela releitura do artigo 100, § 20.

Palavras-chave: Constituição Federal. Precatório. Regime Geral. Administração Pública. Acordo. Resolução de Litígio.

Abstract: This article presents the possibility of reaching an agreement on a court-ordered payment as a means of resolving disputes regarding public administration, based on a specific case involving the municipalities of Campina Grande do Sul and Antonina, in which the former owes approximately R\$ 28,000,000.00 (twenty-eight million) to the latter. To do so, it relied on a reinterpretation of Article 100, Paragraph 20 of the Federal Constitution, which defines that "15% (fifteen percent) of the amount of court-ordered payments made in accordance with the terms of

¹ Recebido em 03/03/2024 e aprovado em 12/08/2024.

² Graduada em Direito pela Faculdade de Educação Superior do Paraná - FESPPR (2014). Formada Técnica em Meio Ambiente pelo Centro de Educação Profissional Newton Freire Maia (2009). Atualmente Supervisora Jurídica do Setor de Urbanismo do Município de Campina Grande do Sul - PR e desempenhando atividades de consultoria e assessoria ambiental e urbanística.

³ Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2015). Atualmente é diretora jurídica da Agille Soluções e Projetos

⁴ Doutor em Direito do Estado (UFSC), com estudos doutorais realizados na LUMSA-ROMA. Mestre em Filosofia Contemporânea - Linha Ética e Filosofia Política (UEL). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC). Graduado em Direito (UEL). Professor na FAE. Foi Coordenador da Escola Judiciária Eleitoral - EJE do Tribunal Superior Eleitoral - TSE. Coordenador de Curso e Professor da Universidade Positivo de Londrina-PR. Coordenador Acadêmico e de cursos de Pós-Graduação na Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Coordenador-Adjunto da Pós-Graduação em Jurisdição Inovadora ENFAM-CNJ. Líder dos Grupos de Estudos PUBLIUS e DAPE/UEL - Direito, Administração Pública e Economia.

Paragraph 5 of this article [...] will be paid by the end of the following fiscal year [...] or through direct agreements, before Precatory Conciliation Courts," combined with a reading of Article 26 of the Law of Introduction to the Civil Code (LINDB) and principles of administrative law. However, the said agreement was not ratified by the Court of Justice of Paraná, based on the argument that in this case, there would be an extensive interpretation of the Federal Constitution, which, according to the arguments presented here, shows how such a method of conflict resolution is possible, given the possibility of the public administration entering into agreements without the need for a new Constitutional Amendment, through the reinterpretation of Article 100, Paragraph 20.

Key words: Federal Constitution. Precatory. General Precatory System. Public administration. Judicial agreement. Dispute resolution.

INTRODUÇÃO

O regime jurídico dos precatórios, privativo das Fazendas Públicas e suas entidades, tem a finalidade de definir os critérios necessários para o pagamento dos débitos oriundos de sentenças judiciais⁵. Está disciplinado na Constituição Federal, artigo 100 e parágrafos, bem como no Código de Processo Civil, artigos 535 e 910.

Contudo, em que pese sua disciplina na Constituição Federal e a determinação do seu pagamento, com obediência à ordem cronológica de pedidos, ressalvados os créditos preferenciais⁶, verifica-se o crescimento exponencial dos precatórios e, com feito, ampliação da dívida pública em nosso país.

Neste caso, a hipótese que se levanta é: poderia a administração pública celebrar acordos em precatórios, a fim de pôr fim ao litígio e otimizar a utilização das receitas públicas, obedecendo aos limites trazidos na legislação vigente?

Ante a aparente rigidez do sistema de pagamento de precatórios, expressa nos artigos 100 e parágrafos da Constituição Federal, bem como nos artigos 535 e 910 do Código de Processo Civil, é possível que a celebração de acordos, conforme indicado pelo artigo 100, § 20 da Constituição Federal e reforçado pelo artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ofereça uma alternativa viável para a quitação desses débitos. Contudo, a aplicação prática dessa possibilidade enfrenta desafios e resistências, como evidenciado pelo caso do Município de Campina Grande do Sul, que teve sua proposta de acordo recusada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A hipótese é que, ao superar esses desafios, a celebração de acordos poderia proporcionar uma solução mais ágil e eficiente para a gestão da dívida pública, conciliando as necessidades financeiras dos entes públicos e a preservação das políticas públicas em seus territórios.

⁵MOREIRA, Egon Bockmann. [et al.] **Precatórios: o seu novo regime jurídico**: A visão do Direito Financeiro, integrada ao Direito Tributário e ao Direito Econômico. 3º Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book. disponível em: <https://bitlybr.com/Xjuig>. Acesso em: 29/02/2024

⁶Segundo o art. 100, §2º da Constituição Federal, serão pagos preferencialmente aqueles que tenham 60 (sessenta) anos ou mais, sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência.

Neste sentido, o artigo 26 da LINDB traz em seu texto a referência clara sobre a celebração de acordos pela Administração Pública. Referido artigo foi introduzido pela Lei nº 13.655/18. Ao estabelecer este novo paradigma, trouxe como principais características: “propiciar segurança jurídica à celebração de acordos administrativos e garantir compromissos mais eficientes à sociedade como um todo, e não apenas aos celebrantes, satisfazendo interesses gerais”⁷.

Diante deste cenário e no sentido de se evitar a criação de uma dívida pública impagável para os seus cofres, além de pensar em uma estratégia que tenha como intuito a manutenção das políticas públicas em seu território, a problemática enfrentada neste artigo é a apresentação do caso do Município de Campina Grande do Sul, que após o trânsito em julgado dos autos 0008439-67.2019.8.16.7000, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em que litigava com o Município de Antonina, elaborou a estratégia jurídica da celebração de acordo para o pagamento dos valores devidos. Em que pese a devida fundamentação, o acordo não foi aceito pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Contudo, através do presente artigo, o que se busca é apresentar o caso ao conhecimento público, bem como, trazer a discussão para a comunidade acadêmica, a fim de que se possa criar novos debates em torno da referida temática: A possibilidade de celebração de acordo em precatório como forma de resolução de litígios para a Administração Pública, a partir da releitura do art. 100, §20 da Constituição Federal.

1. PANORAMA DOS PRECATÓRIOS NO BRASIL

O sistema de precatórios foi estabelecido na Constituição com o propósito de garantir a execução efetiva de dívidas públicas. Dado que os bens públicos são impenhoráveis, essa solução foi implementada para assegurar o cumprimento igualitário de decisões judiciais, respaldando-se nos princípios constitucionais da moralidade, da isonomia e da impessoalidade⁸.

Em essência, a razão histórica e a finalidade da norma constitucional que criou os precatórios pode ser resumida em expressão única: a efetividade da execução imparcial das decisões judiciais. Desde o início, esse mecanismo foi projetado para permitir que as dívidas públicas judiciais sejam incluídas no orçamento e, posteriormente, pagas conforme a ordem cronológica de vencimento, sem favorecimento a casos ou pessoas⁹.

⁷GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. – LINDB (Lei nº 13.655/2018), in: REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 135-169, nov. 2018.

⁸MOREIRA, Egon Bockmann.[et al.]**Precatórios: o seu novo regime jurídico:** A visão do Direito Financeiro, integrada ao Direito Tributário e ao Direito Econômico. 3º Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book. disponível em: <https://bitlybr.com/Xjuig>. Acesso em: 29/02/2024.

⁹Idem.

Desde a promulgação da Constituição de 1934, as obrigações de pagamento impostas à Fazenda Pública devidas em razão de sentenças judiciais devem ser cumpridas conforme a ordem de apresentação dos precatórios. A Constituição de 1988 manteve essa regra no artigo 100. No entanto, o texto original promulgado consistia apenas no *caput* do dispositivo. Hoje, o processo legislativo já incluiu vinte e dois parágrafos, juntamente com várias disposições transitórias no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)¹⁰.

As mudanças ocorridas no decorrer dos anos incluíram exceções, prioridades de pagamento, parcelamentos e moratórias. As alterações começaram a ocorrer em 1998, quando a Emenda Constitucional 20 criou a categoria de Requisição de Pequeno Valor (RPV), evitando que débitos de pequena monta tardassem em seu pagamento. Com a Emenda Constitucional 30/2000 determinou-se que a atualização dos valores a serem pagos ocorresse apenas no efetivo pagamento. A Emenda 69/2009 estabeleceu a criação de prioridades para créditos alimentares e de um regime especial de pagamento para entes federados em mora, além da permissão para a compensação de dívidas fiscais com precatórios. . Recentemente, entre os anos de 2016 e 2021, foram promulgadas as Emendas 94, 99, 113 e 114, tendo-se incluído a dilatação dos prazos para quitação de dívidas judiciais e travas de despesas com precatórios. Essas alterações têm causado controvérsia entre juristas e economistas, equilibrando o orçamento público, mas também causando preocupação quanto à capacidade do governo de honrar seus compromissos financeiros¹¹.

Paralelamente às alterações realizadas por meio da legislação constitucional, o Poder Judiciário vem atuando no controle concentrado de constitucionalidade e a regulamentação de competências, através das atuações do Supremo Tribunal Federal (STF)¹² e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹³, a fim de trazer garantias aos credores.

No decorrer destes 30 anos de promulgação da Constituição Federal, o sistema de precatórios se transformou em um meio de adiar o pagamento das dívidas judiciais, visto que os entes federativos ignoraram consistentemente as consequências do crescimento da dívida pública. Como resultado, a dívida cresceu a ponto de se tornar impagável¹⁴.

O atraso por parte dos entes federativos no pagamento de suas dívidas judiciais tem impactos adversos tanto em suas finanças quanto nas relações entre os poderes Executivo e Judiciário. O

¹⁰CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Precatórios: atual regime jurídico**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book disponível em: <https://bitlybr.com/SymvZ>. Acesso em 29/02/2024.

¹¹Idem.

¹²Destacam-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 2.356 e 2.362, que contestaram dispositivos da EC 30/2000, e as ADIs 4.357 e 4.452, que questionaram disposições da EC 62/2009, por fim, a criação da Súmula Vinculante 17: “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.”

¹³Criação da Resoluções 115/2010 e 303/2019 do CNJ as quais estabeleceram procedimentos administrativos para o pagamento de dívidas judiciais, em especial, os precatórios.

¹⁴KANAYAMA, Rodrigo Luís; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl; **"Endividamento dos entes Subnacionais e Regime de Precatórios"**, p. 475-490. In: Dívida Pública. São Paulo: Blucher, 2019. Disponível em: <https://bitlybr.com/QgpnI>. Acesso em: 29/02/2024.

acúmulo dessas dívidas contribui para o aumento da dívida pública consolidada, e a inadimplência gera despesas com juros¹⁵.

2. O CASO CONCRETO ENFRENTADO PELO MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE DO SUL E A EXEGESE DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

Tratada a questão dos precatórios no Brasil, tem-se o interessante caso concreto que envolve dois municípios paranaenses que buscaram dar interpretação ao artigo 100, § 20, da Constituição Federal, a fim de lidar com o primeiro grande pagamento judicial ao longo de toda a sua história. O Município de Campina Grande do Sul é devedor do Município de Antonina, Estado do Paraná, de precatório de natureza não-alimentar, inscrito para pagamento no exercício de 2021, no valor de R\$ 28.643.367,01 (vinte e oito milhões, seiscentos e quarenta e três mil, trezentos e sessenta e sete reais e um centavo)¹⁶

O litígio versou sobre o recebimento de valores a maior pelo Município de Campina Grande do Sul, em virtude do critério de repartição do ICMS, utilizado pelo próprio Estado do Paraná.

Sob o argumento da vultuosidade do numerário do precatório para um Município integrante da região metropolitana de Curitiba, com 47.799 (quarenta e sete mil setecentos e noventa e nove) habitantes¹⁷, bem como por estar, à época dos fatos, vivendo uma situação de fragilidade econômica, em razão da pandemia do Covid-19, e ainda, por justificar que a arrecadação do Município teve uma considerável queda em diversos itens da receita e que a estrutura de despesas é bastante rígida, a administração de Campina Grande do Sul apresentou proposta de acordo junto ao Departamento de Gestão de Precatórios.

A proposta foi elaborada de comum acordo com o credor, sem qualquer tipo de deságio, com previsão de juros e multa, e, inclusive, com lei municipal¹⁸ específica e autorizativa dos termos do referido acordo, que contou, em síntese, com os seguintes termos:

O devedor fará aporte inicial de R\$ 4.296.505,05 (quatro milhões duzentos e noventa e seis mil, quinhentos e cinco reais e cinco centavos), os quais serão pagos em até 15 (quinze) dias após a homologação do presente termo de acordo, pelo Colendo Juízo de Conciliação de Precatórios do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná;
O valor remanescente de R\$ 24.346.861,96 (vinte e quatro milhões, trezentos e quarenta e seis mil, oitocentos e sessenta e um reais e noventa e seis centavos), será parcelado em 79 (setenta e nove) parcelas sucessivas de R\$ 308.188,13 (trezentos e oito mil, cento e oitenta e oito reais e treze centavos).

¹⁵Idem.

¹⁶ Este cálculo foi atualizado até o mês de setembro de 2021, pela Divisão de Análise de Critérios Judiciais de Cálculo - TJPR.

¹⁷IBGE. População. Disponível em: <<https://bitlybr.com/NZADW>>. Acesso em: 29/02/2024.

¹⁸LEIS MUNICIPAIS. **Lei Municipal de Campina Grande do Sul nº 76/2021**. Disponível em: <<https://bitlybr.com/imVII>>. Acesso em 29/02/2024.

Como se depreende, é de fácil constatação que o que se pretendeu no acordo proposto foi atender aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum, a partir da possibilidade da criação judicial da solução jurídica fundada em princípios, e ainda, mediante processo extra-sistemático de integração de lacuna e interpretação corretiva da norma.

Todavia, apesar do esforço argumentativo do devedor, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através do Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios, negou prosseguimento à homologação pleiteada, com fundamento em parecer emitido pelo Consultor Jurídico do Poder Judiciário. Dentre outras razões, ponderou:

26. Todavia, a transação pretendida não se amolda aos ditames previstos na Constituição Federal.

27. Conforme destacado acima, o art. 100, §20 da CF prevê duas formas alternativas de pagamento dos grandes precatórios: parcelamento ou acordo. Para tanto, seria necessário o depósito de 15% sobre o valor atualizado do precatório, e o restante quitado em parcelas iguais nos cinco exercícios subsequentes (parcelamento); ou à vista, com deságio de até 40%, desde que em relação ao crédito não penda recurso ou defesa judicial e que sejam observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado (acordo direto).

28. Deve-se observar que, no parcelamento, a norma constitucional não exige a elaboração de lei regulamentadora e de concordância da parte credora, além do número de parcelas para o pagamento do saldo remanescente ser de 5 anuais. Diferente dos acordos, nos quais, o pagamento é à vista com desconto de até 40%, exigindo-se a concordância do credor e obediência a lei regulamentadora.

(...).

30. Entretanto, é preciso recordar que o art. 100, §20 da CF não pode ser interpretado extensivamente, a fim de recepcionar a proposta de acordo apresentada pelo ente devedor.

31. Como é cediço, o art. 100, §20 da CF é uma exceção à norma contida no §5º e 6º do mesmo dispositivo. Pela regra, no regime geral, todos os precatórios devem ser pagos até o final do exercício financeiro em que inscritos e pelos montantes requisitados atualizados. Todavia, excepcionalmente, o §20 permite que os precatórios de grande valor sejam quitados de forma parcelada ou a vista com deságio de até 40%.

A cognição que desencadeou a decisão supracitada, inferiu interpretação eminentemente restritiva, sem considerar a vontade das partes e o equilíbrio necessário à estabilização das relações jurídicas. Para tanto, a decisão ainda contemplou:

35. É certo, também, que o Município deve estar vivendo uma situação de fragilidade econômica, em razão da pandemia Covid-19.

36. Porém, não se pode perder de vista que administrar o orçamento público envolve a escolha de prioridades e objetivos para consecução das necessidades coletivas, e cumprimento das obrigações assumidas pelo ente federado em virtude de lei, decisão judicial ou contrato administrativo, sendo tarefa do gestor justamente compatibilizá-las com os recursos públicos à sua disposição.

37. Não se desconhece que a pandemia do COVID-19 impactou à economia em geral, bem como que os municípios foram afetados com a queda das arrecadações e com acréscimos de despesas na área da saúde.

Por fim, a decisão concluiu com o argumento de que o regramento referente ao pagamento de precatórios é rigidamente disciplinado pela Constituição Federal e possibilita a compatibilização das políticas públicas com o pagamento das dívidas decorrentes de condenações judiciais.

3. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ACORDO EM PRECATÓRIO DO REGIME GERAL COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Equidade: a justiça do caso concreto mediante processo extra sistemático de integração de lacunas e interpretação corretiva da norma

Conforme lições do ilustre José de Oliveira Ascensão, “(...) a fonte é o modo de revelação da regra”. Segundo ele, essa revelação pode ocorrer por três processos fundamentais: interpretação, integração das lacunas e interpretação enunciativa¹⁹.

Em cada ordem jurídica existirá um número variável de normas. Logo, o grau de pormenorização das leis também será diverso. “Surgirão sempre hipóteses, que podem até ser muito numerosas, que não são previstas nem objeto de qualquer determinação. Diz-se então que há uma lacuna²⁰”.

A lacuna é, pois, uma fatalidade. São várias as razões que corroboram para sua existência, dentre elas, deficiência de previsão, intenção de não regular desde logo e situações novas.

Quando uma situação concreta reclama por uma solução jurídica, é possível resolver a situação lacunosa mediante processos admitidos pelo ordenamento jurídico. Fala-se assim, em integração.

O fato de buscar sentido objetivo da lei não implica em desconhecimento de que a lei é a fonte intencional do direito. A solução pelos procedimentos da interpretação e integração no caso evidente de lacuna, também não representa situação extrajurídica.

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão²¹:

Pode acontecer que, como resultado da interpretação, concluamos que a lei tem um sentido nocivo. A razão da lei será contrária a interesses que se apresentem preponderantes. A fonte pode ser taxada de injusta ou inoportuna, representando um elemento negativo naquela comunidade. (...) Fala-se então, em interpretação corretiva. A defesa da interpretação corretiva encontra-se já em Aristóteles como manifestação de equidade; e aliás conjuntamente com o método de integração. (...) Para Aristóteles a lei, dada a sua inevitável generalidade, limita-se aos casos nucleares, sem dissimular as lacunas que deixa. Isto estaria na natureza das coisas. Por isso quando, perante um caso particular, vemos que o legislador cala ou se enganou por ter falado em termos absolutos, é imprescindível corrigi-los e suprir seu silêncio, como ele mesmo teria feito se estivesse presente.

A premissa da proposta de acordo em precatório já expedido, no regime geral, é o §20 do artigo 100 da Constituição Federal, que assim dispõe:

¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 361.

²⁰ Idem, p.363.

²¹ Idem, p.364.

Art. 100 – (...).

(...)

§ 20. Caso haja precatório com valor superior a 15% (quinze por cento) do montante dos precatórios apresentados nos termos do § 5º deste artigo, 15% (quinze por cento) do valor deste precatório serão pagos até o final do exercício seguinte e o restante em parcelas iguais nos cinco exercícios subsequentes, acrescidas de juros de mora e correção monetária, ou mediante acordos diretos, perante Juízes Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado, desde que em relação ao crédito não penda recurso ou defesa judicial e que sejam observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado”.

O §20 do artigo 100 da Constituição Federal foi prescrito em termos demasiadamente absolutos, sem que o legislador pudesse mensurar as consequências nocivas de sua intervenção, contrariando, inclusive, o bem comum, o que impõem ao intérprete o dever de promover uma nova e constitutiva função no processo de aplicação.

A primeira parte do dispositivo se dedica a regular o conhecido “parcelamento constitucional”, qual pode ser realizado mediante o cumprimento das condições determinadas, sem a anuência do Credor. Já a segunda parte trata da possibilidade do acordo direto no precatório. A redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado, considerando a preposição “com” que a antecede, pode ser interpretada aqui apenas como um limitador ao credor, a título de deságio, justamente por se tratar de recursos públicos, interesse público e direitos indisponíveis.

Conforme destaca a doutrina: “o congelamento do deságio pelo STF, além de não ter parâmetro justificado, mostra-se incompatível com a natureza negocial dos acordos administrativos e com a disponibilidade do direito de crédito”²².

A lacuna constitucional resta evidenciada quando não se consegue extrair o máximo de eficácia da norma, revestida aqui pela impossibilidade das partes (credor e devedor), ajustarem os termos do acordo direto, respeitado o limitador de deságio imposto pela lei maior, bem como a inexistência de outros credores ou prejuízos a terceiros de boa-fé.

O processo para ultrapassar o bloqueio provocado pela lacuna identificada é justamente o extra sistemático, que permite “extravasar os dados atuais e fundar-se noutros critérios”²³. Este, por sua vez, permite a busca de soluções por meio de processos normativos, discricionários e de equidade. Com efeito, a solução equitativa representa, neste caso, o mais importante processo extra sistemático de integração da lacuna apontada.

De acordo com José de Oliveira Ascensão:

A solução pela equidade é a solução conforme às circunstâncias do caso concreto, e não a quaisquer injunções, mesmo indiretas, do sistema normativo. A equidade, segundo a definição que referimos já, é a justiça do caso concreto. Adapta-se a este plenamente, porque valora as circunstâncias de cada ocorrência. A intervenção da equidade não está limitada à matéria da integração das lacunas no sistema jurídico. Pode a equidade funcionar

²² BARROS FILHO, Wilson Accioli de. **Acordos Administrativos Público-Privados: Delineamentos teóricos e práticos nos precatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 287.

²³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 423

também quando há norma – quando se permite para certos casos a substituição da determinação legal por um ajuste equitativo, ou que a aplicação da norma deixe um espaço para a adequação às circunstâncias do caso concreto. Assim, se se determina que a fixação do montante numa indenização seja realizada mediante critérios de equidade, é essencialmente um momento de aplicação da regra sobre responsabilidade civil que é subtraído a critérios de direito estrito para ser submetido à equidade. Estes aspectos foram considerados no título dedicado à solução do caso concreto²⁴.

As necessidades sociais são unívocas. Quando as informações sociais passam a integrar a ordem jurídica, revelam-se os princípios.

Tratando-se ainda da parte final da prescrição do §20 do artigo 100 da Constituição Federal, na opção de acordo direto entre credor e devedor, faz-se necessária a observância ao disposto no art. 34, §2º, II da Resolução 303 do CNJ e nas condições fixadas pelo art. 31 e parágrafos do Decreto Judiciário nº 520/2020.

Da leitura do dispositivo constitucional invocado cumulado com o teor do art. 34, §2º, II da Resolução 303²⁵ do CNJ, apura-se que não há vedação a outra modalidade de acordo no regime geral que não ocorra tão somente mediante o deságio de até 40% (quarenta por cento). Entende-se este último, como um limitador de diferença negativa para fins de proteção ao cidadão/credor²⁶.

²⁴Idem, p. 425.

²⁵Art. 34. Havendo precatório com valor superior a 15% do montante dos precatórios apresentados nos termos do § 5º do art. 100 da Constituição Federal, 15% do valor deste precatório será pago até o final do exercício seguinte, conforme o § 20 do mesmo artigo.

§1º Para os fins do previsto no caput deste artigo, deverá haver manifestação expressa do devedor de que pagará o valor atualizado correspondente aos 15%, juntamente com os demais precatórios requisitados, até o final do exercício seguinte ao da requisição.

§ 2º A manifestação de que trata o § 1o deste artigo deverá também apontar a forma do pagamento do valor remanescente do precatório:

I – informando opção pelo parcelamento, o saldo remanescente do precatório será pago em até cinco exercícios imediatamente subsequentes, em parcelas iguais e acrescidas de juros de mora e correção monetária, que observarão o disposto nos §§ 5o e 6o do art. 100 da Constituição Federal, inclusive em relação à previsão de sequestro, sendo desnecessárias novas requisições.

II – optando pelo acordo direto, o pagamento correspondente ocorrerá com observância da ordem cronológica, após sua homologação pelo Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios do Tribunal e à vista da comprovação:

a) da vigência da norma regulamentadora do ente federado e do cumprimento dos requisitos nela previstos;

b) da inexistência de recurso ou impugnação judicial contra o crédito; e

c) do respeito ao deságio máximo de 40% do valor remanescente e atualizado do precatório. (grifos nossos).

²⁶O art. 31 e parágrafos do Decreto Judiciário nº 520/2020, por sua vez, acrescenta:

Art. 31. Alternativamente, o precatório com valor superior a 15% (quinze por cento) do montante dos precatórios apresentados até 1º de julho pode ser pago mediante acordo direto, mediante aporte de 15% (quinze por cento) do valor atualizado, acrescido das custas integrais, e o remanescente com deságio máximo de 40% (quarenta por cento), desde que em relação ao crédito não penda recurso ou defesa judicial e que sejam observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado. § 1º A opção de que trata este artigo deve ser formalizada pela

3.2. A possibilidade da criação da solução jurídica a partir da aplicação dos princípios e por meio dos fundamentos axiomáticos da hermenêutica

A fundamentação das decisões judiciais assume papel de grande relevo no Estado Democrático de Direito, não por ser simplesmente um dever do aplicador do direito, mas sim por se tratar de um direito fundamental do jurisdicionado.

A beleza do direito está justamente em ser um ramo das ciências sociais que não se tem um olhar estático para cada situação, mas possibilita a interpretação das normas consoante os casos concretos, baseado não somente na legislação expressa, mas também nos princípios, analogia e costumes (art. 4º, LINDB).

É certo que soluções ousadas, ensejam trabalho maior de lapidar o caso concreto de acordo com o que está posto na norma. Porém, não se trata de tarefa impossível ou vedada, mas sim de atividade minuciosa de apresentação.

O julgador poderá optar, como uma de suas ferramentas de interpretação para formular suas decisões, os princípios jurídicos já expressos na Constituição Federal e nas leis esparsas. Esta possibilidade de julgar conforme os princípios, se dá, em um primeiro momento, porque ao legislador se impossibilita prever todas as aplicações da norma ao caso concreto, posto que há um número infinito de possibilidades e combinações.

Além disso, ao propor a norma, o legislador está limitado ao tempo e ao espaço em que surge a necessidade. Logo, sua criação refletirá o lapso temporal em que ele está envolvido. Por isso, os princípios possibilitam trazer nova interpretação à norma, visto que diariamente se apresentam modificações no contexto social, as quais são impossíveis de serem acompanhadas pelo legislador.

Portanto, os princípios jurídicos não podem ser vistos como meras supressões de lacunas, mas como uma forma de “incorporar o modo de pensar moderno, segundo o qual integram o sistema

entidade devedora mediante: a) apresentação do termo de acordo firmado com o credor, com definição do deságio pactuado; b) comprovação da vigência de norma regulamentadora do ente federado; c) certidão expedida pelo cartório distribuidor competente que comprove a inexistência de ação judicial que vise à desconstituição do crédito; d) certidão expedida pelo juízo da execução que comprove a titularidade do crédito, considerando a existência de penhora ou cessão de crédito, e inexistência de recurso ou impugnação judicial contra o crédito. § 2º Faltando documento, a entidade devedora deve ser intimada de imediato para complementação. § 3º Valores monetários eventualmente constantes do acordo, assim como qualquer espécie de penalidade, não devem ser considerados no processamento do precatório. § 4º Homologado o acordo, os autos devem seguir para o setor de cálculos para registro do percentual do deságio e comunicação às partes. § 5º O aporte do recurso correspondente, acrescido das custas integrais, deve ser realizado pela entidade devedora com observância estrita da ordem cronológica e do cálculo atualizado pelo Tribunal.

normativo, ao lado das regras.”²⁷ São também considerados normas jurídicas, ao lado das regras, e podem ser invocados para controlar a juridicidade da atuação do Estado²⁸.

Quando se apresenta a leitura de uma norma através do olhar dos princípios, o objetivo é que haja celeridade em sua aplicação, evitando que o caso concreto deixe de ter uma solução adequada, por ausência de norma.

Em se tratando de direito público e administração municipal, mister se faz este olhar, posto que se para as relações privadas já há um certo retardo quanto a atualização das normas, para a Administração Pública mais ainda, uma vez que todas as suas ações são norteadas, primordialmente, pelo princípio da legalidade.

Assim, quando se pode desfrutar de uma norma já publicada para fazer valer um direito, esta situação traz mais agilidade e praticidade para a Administração Pública, pois a edição de leis é sempre morosa e existe o risco de que ela ainda não corresponda ao caso concreto, além de se obter segurança jurídica a todos os envolvidos na relação, sem eles entes públicos ou privados.

A título de exemplo, o próprio texto constitucional foi promulgado em 1988, e sobre a temática dos precatórios, houve várias alterações, tais como a Emenda Constitucional nº. 30/2000, Emenda nº. 62/2009 e por fim, a grande mudança com a Emenda nº. 94/2016, a qual inovou ao criar a redação do §20, no art. 100, justamente porque a temática dos precatórios é complexa e envolve muitos fatores que se tornaram candentes ao longo dos anos 2010.

O cenário da Administração Pública não é estático. Por isso, necessário se faz interpretar as normas pelos princípios, para não haver descompasso na aplicação do direito, o que traria ainda maiores danos. Vale dizer: “Direito não se limita à edição de normas escritas, positivadas em determinada lei, especialmente pelo fato de existirem, com frequência, lacunas legais ou normas com expressões vagas que exigem a busca por outras fontes não positivadas”.²⁹

Observa-se que o cenário de 1988 (edição da Constituição Federal) até 2021 é tão diferenciado que até o ano de 2001, por exemplo, foram criados 1.181 (hum mil cento e oitenta e um) novos Municípios³⁰, ou seja, vários novos cenários se desenharam, sem mencionar que o País passou pela maior crise dos últimos anos: 2011 a 2020³¹.

Logo, a busca pelo reconhecimento da possibilidade jurídica de acordo direto para pagamento de precatórios do regime geral, tem por finalidade a redução dos litígios e a confirmação dos

²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 6ª ed. Ver., atual. e ampl.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 91.

²⁸ REZENDE, Rafael Carvalho Oliveira. **Princípios do Direito Administrativo**, 2ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2013. 978-85-309-4939-6. Disponível em: <https://bitlybr.com/Cykcb>. Acesso em: 29/02/2024.

²⁹ Idem.

³⁰ BRANDT, Cristina Thedim. **A criação de municípios após a Constituição de 1988: O impacto sobre a repartição do FPM e a Emenda Constitucional nº 15, de 1996**. Disponível em: <https://bitlybr.com/GfjWy>. Acesso em: 29/02/2024.

³¹ FERRARI, Hamilton. **2011 a 2020: a pior década da história da economia brasileira em 120 anos**. Correio Brasiliense. Postado em 23/06/2019. Caderno de economia. Disponível em: <https://bitlybr.com/NbyYe>. Acesso em: 29/02/2024.

papéis “contramajoritário, representativo e iluminista”³² que os tribunais devem exercer na democracia contemporânea.

A redação do dispositivo constitucional aqui tratado, com olhar voltado para a lógica gramatical da língua portuguesa, em que a expressão “(...) com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado (...)”, constitui um complemento importante do seu antecedente “(...) ou mediante acordos diretos, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios (...)”. Mas, frise-se, não um limitador da possibilidade de realização de acordos.

O fato de a Constituição Federal mencionar o limite máximo de descontos, não descaracteriza a possibilidade de realizar acordos diretos, pelos Entes da administração pública.

Quando se cogita a possibilidade de acordo entre credor e devedor para o pagamento de precatório, revela-se a busca por solução para a demanda a partir da capacidade de endividamento do devedor e os meios disponíveis, sem comprometer a execução das políticas públicas essenciais à população local. Isso porque, nenhuma instituição financeira (pública ou privada) disponibiliza opções de crédito/empréstimos para o financiamento desta modalidade de dívida, por não constituir despesa de capital.

Cabe destacar, ainda, o princípio da reserva do possível, ou da reserva da lei orçamentária, segundo o qual “os direitos sociais e a ação governamental vivem sob a reserva do possível, isto é, da arrecadação dos ingressos previstos nos planos anuais e plurianuais”³³.

Para Ana Paula de Barcellos³⁴:

a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa no estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo³⁵.

A medida administrativa de se formular o acordo mostra-se eficiente porque busca implementar, com maior intensidade e com os menores custos possíveis, os resultados legitimamente esperados, que é o efetivo adimplemento da obrigação.

³²BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida**. Belo Horizonte: Fórum: 2021, p. 11.

³³TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2a. ed., 2000, vol V, p. 61.

³⁴BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, págs. 236/237.

³⁵Idem.

Cabe destacar também que, “(...) sendo créditos, os precatórios estão sujeitos aos riscos próprios de qualquer valor a receber, representado pela incapacidade financeira ou pela ausência de vontade do devedor honrar com a sua obrigação reconhecida judicialmente”³⁶.

3.3. Possibilidade de celebração de acordos pela Administração Pública

A eficiência é um princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, e não pode sobrepor-se a nenhum deles, contudo, quando ele é aplicado aliado aos demais princípios, tem-se um cenário de viabilidade de ação da Administração Pública.

Com a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) - Decreto-Lei nº 4.657/1942, pela Lei nº 13.655/18, inicia-se um novo capítulo na resolução de controvérsias envolvendo a Administração Pública, tendo em vista que o legislador procurou estabelecer parâmetros mais precisos para respaldar as decisões e conflitos. Especialmente o artigo 26,³⁷ possibilitou a Administração Pública buscar de maneira consensual a resolução de seus conflitos, pois referido dispositivo é permissivo genérico para a celebração de acordos. Este entendimento inclusive foi firmado pelo Enunciado Interpretativo nº 21 IBDA/Tiradentes.³⁸

Aliado a isso, não se pode olvidar da leitura apurada do §20 do art. 100 da Constituição Federal, o qual dispõe que caso haja precatório com “valor superior a 15% (quinze por cento) do montante dos precatórios, 15% (quinze por cento) do valor deste precatório serão pagos até o final do exercício seguinte e o restante em parcelas iguais nos cinco exercícios subsequentes, acrescidas de juros de mora e correção monetária, ou mediante acordos diretos, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios”.

³⁶Idem.

³⁷Art. 26. **Para eliminar** irregularidade, incerteza jurídica ou **situação contenciosa** na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, **a autoridade administrativa poderá**, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, **celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.**

§ 1º O **compromisso** referido no caput deste artigo

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

³⁸Enunciado 21 - IBDA - Jornada de Tiradentes: Os artigos 26 e 27 da LINDB constituem cláusulas gerais autorizadoras de termos de ajustamento, acordos substitutivos, compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a solução consensual de controvérsias. Disponível em: <https://bitlybr.com/NiczC>

Nota-se que em nenhum momento a Constituição vedou a celebração de acordos diretos. Quando se lê este dispositivo à luz o artigo 26 da LINDB, claramente as normas se complementam.

Sobre a possibilidade da realização de acordos, criada pela Emenda Constitucional 94/2016, pode-se dizer:

Prevista pela EC 94/2016, mediante adição do §20 ao art. 100 da Constituição, a possibilidade de pagamento de precatórios por acordo direto foi elaborada especialmente para a hipótese em que haja precatório de valor substancial, que supere 15% do valor global dos precatórios apresentados até 1º de julho de determinado ano.

Nesse caso, a EC 94/2016 trouxe a possibilidade de que 15% do valor desse precatório sejam pagos até o final do exercício seguinte ao de apresentação, com o saldo em cinco parcelas anuais.

Para possibilitar essa espécie de parcelamento, a Resolução CNJ/303 previu que é necessário ao devedor manifestar expressamente sua intenção de proceder a tanto, até o final do exercício seguinte ao da requisição (art. 34, §1º).

Como alternativa ao pagamento parcelado, a Constituição previu a possibilidade de que credor e devedor formulem acordo direto perante Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios, desde logo estipulando que a redução do crédito não pode superar 40% de seu valor atualizado, regra essa repetida à Resolução CNJ/303 (art. 34, §2º, II, c).³⁹

Assim, outro instrumento importante que viabiliza a formulação e recepção do presente acordo é a própria Resolução 303 do CNJ, em que redige apenas o próprio texto do §20, art. 100 da Constituição Federal e assim, não veda a realização de acordos diretos.

Nas palavras de Barros Filho:

o excesso de burocratização do procedimento inibe o interesse do credor em buscar o ente público para firmar um acordo. Burocratização esta inexistente, via de regra no mercado privado. Portanto, é fundamental que haja esta percepção dos órgãos e entidades do Estado para que institua um processo de negociação eficiente, de modo a se permitir ampla eficiência ao acordo. Não é razoável que a Administração Pública crie uma série de etapas procedimentais e exigências jurídicas que nada contribuem para a celeridade do ajuste e para a promoção de sua segurança e previsibilidade.

Por razões como esta, a doutrina manifesta a discordância da tese de que o acordo direto poderia ferir a isonomia, até mesmo porque, os credores que por alguma razão recusem a proposta de acordo continuarão na fila com todos os seus direitos devidamente resguardados.

Não obstante, particularmente neste caso, cabe frisar mais uma vez, que o Município Devedor, não possui outros credores na fila de precatórios. Também não parece coerente afirmar que o acordo fomentaria o inadimplemento público, porque:

A Constituição prevê a existência de duas contas separadas e incomunicáveis: uma para o pagamento da ordem cronológica e outra para quitação via acordos diretos. Metade do orçamento destinados aos precatórios será para o pagamento regular e a outra para o substitutivo. Se o dinheiro destinado ao pagamento por meio de acordo acabar, não se

³⁹MOREIRA, Egon Bockmann.[et al.] **Precatórios: o seu novo regime jurídico**: A visão do Direito Financeiro, integrada ao Direito Tributário e ao Direito Econômico. 3ª ed.São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

transfere valores da conta regular para pagar acordos. São verbas vinculadas e com destinação específica⁴⁰.

Baseada em todo o escopo acima, em 2021 a União criou a Lei Federal nº 14.057/2020 a qual dispõe⁴¹ sobre o regramento para acordos diretos, e que foi aqui utilizada por analogia para parametrizar as condições estipuladas entre as partes. A proposta apresentada pelo Município de Campina Grande do Sul, na verdade é a própria materialização de um acordo, visto que há partes legítimas e objeto possível.

Outro fator importante é que o Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de analisar a temática dos acordos em precatórios, quando do julgamento das ADI's 4425/DF e 4357/DF enfrentou a temática da constitucionalidade dos mecanismos substitutivos de pagamento de precatório.

Como decisão final, considerou inconstitucional todas as formas de pagamento elencadas no art. 97 da ADCT, contudo, após esta decisão em 2016, surge a Emenda Constitucional 94, a qual traz o §20, do art. 100, trazendo novamente a temática dos acordos diretos.

Embora em nenhuma das ADI's tenha se discutido sobre a temática do acordo direto, o Ministro Dias Toffoli destaca em seu voto as seguintes declarações, ao julgar a ADI 4425:

Ademais, gostaria de ressaltar aqui uma questão curiosa acerca da realização de leilões e de acordos como formas de pagamento de precatórios. No âmbito das relações entre particulares é natural que, numa situação de inadimplência, busque o credor a negociação da dívida, resultando, muitas vezes, no parcelamento das dívidas, na retirada de juros e multas e até mesmo na diminuição desse valor. Se essas orientações são salutares em se tratando de relações privadas, porque não aplicá-las quando estamos diante de entes federativos inadimplentes?

No meu sentir, a celebração de acordos - e a realização de leilões é uma forma de transação -, no âmbito da Administração Pública, são plenamente viáveis, devendo ser estimuladas, pois viabiliza a busca de soluções consensuais entre administrados e administração. A meu ver, a regra do pagamento na ordem cronológica (não temos aqui cláusula pétrea) não é óbice a impedir a adoção de soluções consensuais no pagamento de precatórios, pois o que se deve verificar no caso é se restam atendidos os princípios da impessoalidade e da isonomia.⁴²

Deve-se ponderar as palavras do Ministro Dias Toffoli, as quais tem conteúdo jurídico relevante, e se fundamentam naquilo já previsto na própria lei.

No caso do acordo oferecido pelo Município de Campina Grande do Sul ao Município de Antonina, cuidou-se minimamente de se estabelecer acordo observando todos os aspectos da norma jurídica.

⁴⁰ BARROS FILHO, Wilson Accioli de. **Acordos Administrativos Público-Privados: Delineamentos teóricos e práticos nos precatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 288.

⁴¹ Ementa da Lei: Disciplina o acordo com credores para pagamento com desconto de precatórios federais e o acordo terminativo de litígio contra a Fazenda Pública e dispõe sobre a destinação dos recursos deles oriundos para o combate à Covid-19, durante a vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, e a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4425**. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. [...] Requerente: Confederação Nacional da Indústria - CNI. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 14/03/2013. Disponível em: <<https://bitlybr.com/spveE>>. Acesso em: 29/02/2024.

No caso concreto, o Município de Antonina era sabedor dos termos do acordo e concordou com a sua efetivação, ou seja, a necessidade de transparência, clareza e boa-fé para a celebração de qualquer acordo foram cumpridas.

Logo após, o Município de Campina Grande do Sul editou as Leis Municipais nº. 766/2021 e nº. 767/2021, as quais tiveram suas discussões e trâmites perfeitamente cumpridos na Câmara de Vereadores.

Por fim, submeteu minuta de acordo ao Juízo de Conciliação em Precatórios, com as devidas justificativas, a fim de que fosse apenas e tão somente homologado. Logo, o que se buscou foi uma avença de parcelamento do montante total, em prazo razoável para o Credor diluir o impacto dessa dívida em seu planejamento orçamentário e viabilizar, com maior conforto, a execução das políticas públicas essenciais à sua comunidade, em especial, saúde e educação.

No caso em apreço, diferente de outros, temos nos dois polos da ação pessoas jurídicas de direito público, as quais tem ampla capacidade técnica de tomada de decisões e ambas têm interesse em resolver a questão da maneira mais adequada.

CONCLUSÃO

Quando se menciona realizar qualquer manobra envolvendo a Administração Pública e seus bens, é fundamental sempre ter como critério de análise, além das repercussões sociais e econômicas, os aspectos jurídicos principiológicos que são exigidos tanto dos julgadores, quanto dos administradores que tomam e aplicam as decisões.

A missão institucional do Poder Judiciário é fazer valer a Constituição Federal diante de ameaças ou violação de direitos e a vista disso, é de se considerar que as decisões judiciais não se baseiam apenas no material jurídico, mas são influenciadas diretamente, em maior ou menor proporção, por fatores extrajudiciais, subjetivos e objetivos.

À medida que as sociedades vão se tornando mais complexas, a Constituição e as leis vão perdendo sua capacidade de regular previamente as múltiplas situações da vida, aumentando, assim, a discricionariedade de juízes e tribunais, que se tornam, em ampla medida, coparticipantes do processo de criação do direito.

A Constituição, progressivamente, passou para o centro do sistema jurídico, de onde foi descolado o bem e velho Código Civil, depois efetivamente substituído por um novo. A centralidade da Constituição trouxe a constitucionalização do direito – isto é, a leitura de todo o ordenamento infraconstitucional através da lente da Constituição – e uma judicialização abrangente⁴³.

⁴³BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida**. Belo Horizonte: Fórum: 2021, p. 13.

É notório que a temática dos precatórios, principalmente no presente momento, torna-se complexa. Contudo, ao contrário de muitas soluções já apresentadas, o que se deseja com a celebração do presente acordo é solução menos gravosa e que atende aos interesses dos envolvidos.

Como pode se observar, a releitura do art. 100, §20 da Constituição Federal, em conjunto com os demais elementos aqui apresentados, como a aplicação dos princípios do direito administrativo, aliada à leitura da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 26.

A busca pelo reconhecimento da possibilidade jurídica de acordo direto para pagamento de precatórios do regime geral, tem por finalidade a redução dos litígios e a confirmação dos papéis “contramajoritário, representativo e iluminista”⁴⁴ que os tribunais devem exercer na democracia contemporânea.

Por fim, cabe ressaltar que a presente alternativa se apresenta, porque todos os outros meios possíveis de liquidação da dívida foram explorados (principalmente o empréstimo bancário), contudo, alguns restaram infrutíferos, por se tratar de despesa de capital, e outros não foram suficientes, desta forma, empregou-se todos os esforços necessários para o município poder quitar sua dívida de maneira a não comprometer a execução das políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, págs. 236/237.

BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Acordos Administrativos Público-Privados: Delineamentos teóricos e práticos nos precatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida*. Belo Horizonte: Fórum: 2021, p. 11.

BRANDT, Cristina Thedim. *A criação de municípios após a Constituição de 1988: O impacto sobre a repartição do FPM e a Emenda Constitucional nº 15, de 1996*. Disponível em: <<https://bitlybr.com/GfjWy>>. Acesso em: 29/02/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4425. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº*

⁴⁴ Idem, p. 11.

62/2009. [...] Requerente: Confederação Nacional da Indústria - CNI. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 14/03/2013. Disponível em: <<https://bitlybr.com/spveE>>. Acesso em: 29/02/2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A principalização da jurisprudência através da Constituição*. Repró, v. 98.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Precatórios: atual regime jurídico*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book disponível em: <<https://bitlybr.com/SymvZ>>. Acesso em 29/02/2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 34ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <<https://bitlybr.com/jBaAa>>. Acesso em: 29/02/2024

FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. *Teoria do Estado*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

FERRARI, Hamilton. 2011 a 2020: a pior década da história da economia brasileira em 120 anos. Correio Brasiliense. Postado em 23/06/2019. Caderno de economia. Disponível em: <<https://bitlybr.com/NbyYe>>. Acesso em: 29/02/2024.

IBDA. Enunciado Interpretativo nº 21 IBDA/Tiradentes. Disponível em: <<https://bitlybr.com/NiczC>>. Acesso em 29/02/2024.

IBGE. População. Disponível em: <<https://bitlybr.com/NZADW>>. Acesso em: 29/02/2024.

KANAYAMA, Rodrigo Luís; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl; "Endividamento dos entes Subnacionais e Regime de Precatórios", p. 475 -490. In: Dívida Pública. São Paulo: Blucher, 2019. Disponível em: <<https://bitlybr.com/QgpnI>>. Acesso em: 29/02/2024.

LEIS MUNICIPAIS. *Lei Municipal de Campina Grande do Sul nº 76/2021*. Disponível em: <<https://bitlybr.com/imVII>>. Acesso em 29/02/2024.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 6ª ed. Ver., atual. e ampl.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann.[et al.] *Precatórios: o seu novo regime jurídico: A visão do Direito Financeiro, integrada ao Direito Tributário e ao Direito Econômico*. 3º Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book. Disponível em: <<https://bitlybr.com/Xjuig>>. Acesso em: 29/02/2024.

GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. – LINDB (Lei nº 13.655/2018)**, in: REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 135-169, nov. 2018.

REZENDE, Rafael Carvalho Oliveira. **Princípios do Direito Administrativo**, 2ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2013. 978-85-309-4939-6. Disponível em: <<https://bitlybr.com/Cykcb>>. Acesso em: 29/02/2024.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2a. ed., 2000, vol V, p. 61.

VALOR ECONÔMICO. **Estoque de precatórios da União já é o dobro do previsto**. Disponível em: <<https://bitlybr.com/CTmuS>>. Acesso em 29/02/2024.

APONTAMENTOS SOBRE A INTEGRIDADE COMO FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DO SISTEMA
DE PRECEDENTES JUDICIAIS BRASILEIRO¹

*NOTES ON INTEGRITY AS AN AXIOLOGICAL REASON OF THE BRAZILIAN BINDING
PRECEDENTS SYSTEM.*

Amanda Ferreira Nunes Rodrigues²

Luiz Alberto Pereira Ribeiro³

Rafael Diogo Diógenes Lemos⁴

Resumo: O presente artigo tem como escopo compreender o sistema de precedentes judiciais no Brasil e sua força vinculante, que transportando as origens da família do *comum law*, tem desenvolvido um modelo nacional próprio de obrigatoriedade aos precedentes judiciais. O novo paradigma da constitucionalização do processo, especialmente após o advento do Código de Processo Civil de 2015, implicou a valoração de princípios como a boa-fé objetiva, a isonomia, a segurança jurídica e a motivação das decisões judiciais, cruciais para a construção dos precedentes. Tratar casos iguais de forma desigual não atende aos anseios da sociedade brasileira complexa e dinâmica, pelo contrário, o que se almeja é a estabilidade e a previsibilidade - mas não a imutabilidade do Direito - permitindo a superação dos precedentes ou a sua não aplicação nos casos de *overruling*, *prospective overruling* ou *distinguishing*. Por este motivo, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, coerentes e íntegras, assim como propõe Ronald Dworkin em sua teoria das decisões judiciais, sendo vetores imprescindíveis para a formação dos precedentes vinculantes. Afinal, a doutrina pode se dividir para conceituar precedente judicial, ou classificá-lo conforme sua obrigatoriedade, mas inegável que a interpretação a ser dada à norma deve garantir a unidade e a integridade ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Precedentes vinculantes; integridade; segurança jurídica; coerência.

¹ Recebido em 20/02/2024 e aprovado em 13/08/2024.

² Mestranda em Direito Negocial (UEL); Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil; Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal; Advogada e professora universitária. Participou três anos consecutivos do Congresso Internacional de Direito Processual Constitucional realizado em Bogotá, na Colômbia, onde conquistou título de melhor oradora. Conquista da 2ª melhor ponência no evento internacional "V Jornada Internacional de Innovación Docente en Ponencias Estudiantiles" promovida pela Faculdade de Direito da Universidade de Valência, na Espanha. Foi Monitora do Grupo de Estudos de Processo Constitucional na graduação (2019/2021). Foi bolsista do projeto de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq na graduação (2019/2020). Coautora de capítulos de livros e diversos artigos publicados.

³ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Doutor em Direito pela PUCPR. Professor Titular do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) - Campus Londrina. Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina. Professor da Pós-graduação Teoria e Prática de Direito Empresarial da PUCPR, campus Londrina. Professor da MBA em Auditoria, Perícia e Planejamento Tributário da PUCPR, campus Londrina. Professor da Pós-graduação em Direito Civil e Direito Processual Civil da UEL. Professor do Curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil: Teoria e Prática da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Professor Permanente do Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Professor membro dos Grupos de Pesquisa Novos Paradigmas do Processo Civil Contemporâneo e o Estado Democrático de Direito (PUCPR), Direito Negocial e Direitos Transindividuais do Mestrado/Doutorado em Direito da UEL. Membro do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná. Advogado.

⁴ Procurador do Município de Londrina/PR. Pós-Graduado lato sensu em Direito Processual Civil e em Direito Administrativo. Mestre em Direito (Universidade Federal do Rio Grande do Norte) Experiência nas áreas de Direito Processual Civil, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Abstract: The present article aims to understand the system of judicial precedents in Brazil and its binding force, which carrying the origins of the common law family, has developed its own national model of mandatory judicial precedents. The new paradigm of the constitutionalization of the process, especially after the advent of the Civil Procedure Code of 2015, has implied the valuation of principles such as objective good faith, isonomy, legal certainty and motivation of judicial decisions, crucial for the construction of precedents. Treating equal cases unequally does not meet the desires of the complex and dynamic Brazilian society; on the contrary, what is desired is stability - but not the immutability of the Law - allowing the overcoming of precedents or their non-application in cases of overruling, prospective overruling or distinguishing. For this reason, the decisions must be reasoned, coherent and complete, as proposed by Ronald Dworkin in his theory of judicial decisions, which are essential vectors for the formation of binding precedents. After all, the doctrine may be divided to define judicial precedent, or classify it according to its binding nature, but it is undeniable that the interpretation to be given to the rule must guarantee the unity and integrity of the Brazilian legal system.

Keywords: Binding precedentes; Integrity; Legal certainty; coherence.

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo comprender el sistema de precedentes judiciales en Brasil y su fuerza vinculante, que llevando los orígenes de la familia del common law, ha desarrollado su propio modelo nacional de precedentes judiciales obligatorios. El nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, especialmente después de la llegada del Código de Procedimiento Civil de 2015, implicó la valoración de principios como la buena fe objetiva, la igualdad, la seguridad jurídica y la motivación de las decisiones judiciales, cruciales para la construcción de precedentes. Tratar desigualmente casos iguales no atiende a los deseos de la compleja y dinámica sociedad brasileña; por el contrario, lo que se desea es estabilidad y previsibilidad - pero no la inmutabilidad del Derecho - permitiendo la superación de precedentes o su inaplicación en casos de overruling, prospective overruling o distinguishing. Por eso, las decisiones judiciales deben ser razonadas, coherentes y completas, como propone Ronald Dworkin en su teoría de las decisiones judiciales, vectores esenciales para la formación de precedentes vinculantes. Al fin y al cabo, la doctrina puede dividirse para conceptualizar el precedente judicial, o clasificarlo según su carácter obligatorio, pero es innegable que la interpretación que se dé a la norma debe garantizar la unidad e integridad del ordenamiento jurídico brasileño.

Palabras-clave: Precedentes vinculantes; integridad; seguridad jurídica; coherencia.

INTRODUÇÃO

Após o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), os juristas brasileiros passaram a atentar-se mais aos precedentes judiciais, dado o estabelecimento de um sistema de precedentes vinculantes sistematizado no artigo 927. Embora não se trate da primeira vez que se previu a obrigação de obediência a determinadas decisões judiciais no Brasil, datando de 2004 a instituição das súmulas vinculantes, o CPC/15 instituiu não apenas um sistema, mas almejou a fortalecer uma *mentalidade* de precedentes no sistema jurídico nacional.

A criação e o fortalecimento da *mentalidade* de precedentes se devem, historicamente, países de tradição ligadas ao *civil law*, como o caso brasileiro, têm uma primazia de obediência à lei, ao

contrário daqueles países com tradição de *common law* em que há uma atenção maior às decisões judiciais, que, por vezes, adquirem caráter vinculante.

Em razão dessa *importação* de paradigmas, buscou-se conceitos já cristalizados em outros países, como o de *overruling*, *prospective overruling*, *distinguishing* e *signaling* como importantes elementos de se manter a coerência nas decisões judiciais, sem que isso implique perda da autonomia dos juízes ou aplicação meramente autômata dos julgados, sem a devida avaliação jurídica e social.

Conquanto o sistema de precedentes judiciais tenha sido instituído por lei (e por emenda constitucional, no caso das súmulas vinculantes), buscar-se-á no presente texto os fundamentos filosóficos, em especial a partir de uma leitura de Ronald Dworkin, para sua apreciação, em especial os valores que os justificam. Assim, serão estudadas obras nacionais que buscam fundamentar o sistema de precedentes em valores de igualdade, previsibilidade, coerência e segurança jurídica como justificativas axiológicas do sistema.

Outrossim, buscar-se-á analisar no presente texto se tais princípios fundamentam suficientemente o sistema de precedentes, buscando estudá-lo sob a ótica da unidade de valor e integridade propostas por Ronald Dworkin. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, qualitativa, focada em autores que abordaram o tema de precedentes sob a ótica nacional, assim como referencial filosófico estrangeiro.

Dessa forma, o presente texto será dividido em três capítulos. No primeiro, apontar-se-ão as principais razões práticas e teóricas para a instituição e fortalecimento do sistema de precedentes judiciais no Brasil, trazendo a leitura de autores que estudaram o problema sob a ótica do direito brasileiro.

No capítulo posterior, será analisado o paradigma sistêmico do sistema de precedentes, entendendo-os como corolário da integridade e da unidade de valor entre Direito, moral, ética e política e ferramenta para fortalecer a coerência.

Por derradeiro, será buscado o conceito de precedente vinculante, bem como serão analisados institutos inerentes ao sistema, como *overruling*, *distinguishing*, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, bem como a necessidade e importância de sua compreensão para a aplicação dos precedentes.

1. RAZÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS PARA O FORTALECIMENTO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A segurança jurídica é a principal consequência apontada como resultado da utilização de precedentes judiciais vinculantes. Este valor é inerente a qualquer ordem jurídica, baseada na necessidade de tratamento igual a casos similares, vista essa igualdade como uma manifestação típica da justiça.

A segurança jurídica, contudo, não é exclusiva daquelas ordens jurídicas que se baseiam nos precedentes vinculantes. Ao contrário, quer aqueles países que baseiam seus sistemas judiciários na obediência às leis e aos códigos, quer aqueles outros que o baseiam com base em obediência aos precedentes

vinculantes, a segurança jurídica será tanto princípio da ordem jurídica estatal, quanto direito fundamental⁵ (positivado ou não).

Assim, a segurança jurídica pode ser tida como um valor coringa, que tanto norteará o critério de justiça em países que evoluíram a partir de um sistema de common law, quanto em países que evoluíram a partir de um sistema de common law⁶. Este valor é importante critério para conferir unidade ao direito, previsibilidade e igualdade no tratamento das pessoas em casos idênticos ou, ao menos, similares, evitando favorecimentos ou perseguições de indivíduos.

Para que se tenha segurança jurídica, é necessário haver previsibilidade da aplicação de normas e como elas serão aplicadas em cada caso. Para que haja previsibilidade, deve-se ter, portanto, um conjunto de normas (escritas ou não) postas e válidas antes do caso a ser julgado (aplicação do princípio da irretroatividade) e clareza no comando normativo.

Se o primeiro requisito – conjunto de normas válidas anteriores ao caso a ser julgado – é objetivo e não demanda maiores divagações, a clareza no comando normativo é requisito de difícil obtenção, em especial diante do acréscimo de textos normativos polissêmicos, podendo ser adaptado em diversos casos diferentes.

Dada a necessidade de clareza do comando normativo, é necessário perquirir a interpretação jurídica, garantindo uma uniformidade de entendimentos que pode ser estabelecida tanto de forma cogente, por meio de decisões qualificadas de tribunais superiores (como ocorre no Brasil com as Súmulas Vinculantes ou, mais recentemente, com os precedentes explicitados no artigo 927 do Código de Processo Civil)

Assim, o que deve ser previsível é a interpretação a ser dada à norma, garantindo unidade e integridade ao ordenamento jurídico, evitando-se voluntarismos e solipsismos, particularismos ou rupturas. Essa previsibilidade, decorrente da integridade do direito, pode ser explicada com a alegoria do romance em cadeia⁷, para quem nenhuma decisão poderá ser considerada isoladamente, preocupando-se o julgador em conferir continuidade e sem quebra de expectativas ao capítulo anterior e garantindo continuidade ao capítulo posterior.⁸ A ideia da *chain novel* força a uma revisitação do Direito e de sua

⁵MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 93.

⁶ “E não se pense que a garantia de previsibilidade das decisões judiciais é algo que diz respeito ao sistema de common law e não ao de civil law. Ora, tanto as decisões que afirmam direitos independentemente da lei quanto as decisões que interpretam a lei, seja no common law ou no civil law devem gerar previsibilidade aos jurisdicionados, sendo completamente absurdo supor que a decisão judicial que se vale da lei pode variar livremente de sentido sem gerar insegurança.” MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 98.

⁷ DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁸ “Nenhum ponto do precedente pode ser compreendido isoladamente. Se é possível detectar nele, ou se erigir nele, uma norma, ela não se desprende do contexto de produção nem pode ser tomada de maneira desatrelada da cadeia sistêmica em que se insere. É considerada, pois, com arrimo na premissa do dever de coerência e integridade. Tem-se *ruling by reasoning*, ou seja, na medida em que se detecta uma regra (rule), ela está inexoravelmente ligada à motivação que a põe

interpretação sob um viés puramente formal e verticalmente estruturado para uma teia, em que a força gravitacional do precedente acaba por legitimar, racionalmente, o sistema e conferir-lhe integridade.

Outro fundamento apontado como legitimador dos precedentes é a estabilidade que “não se traduz apenas na continuidade do direito legislado, exigindo, também, a continuidade e o respeito às decisões judiciais, ou melhor, aos precedentes.”⁹ A estabilidade dos precedentes evita mudanças bruscas no pensamento jurisprudencial, permitindo que todos possam pensar suas vidas e seus negócios sob o pálio de um determinando comando normativo.

Em decorrência da estabilidade, é necessária parcimônia ao se realizar um *overruling*, exigindo um ônus argumentativo ainda maior do que na formação do precedente, justificando-se, por exemplo, diante da absoluta mudança em contextos sociais, econômicos ou jurídicos. Deve-se ver que o *overruling* poderá, também, conter uma modulação de seus efeitos, fortalecendo, assim, o aspecto subjetivo da tutela da confiança e a garantia da previsibilidade da atuação estatal, enquanto direito subjetivo e valor fundamental da ordem jurídica, respectivamente.¹⁰

Fala-se ainda em *signaling* em que o Tribunal sinaliza à sociedade que o precedente não é mais confiável e que, provavelmente, será superado em breve, hipótese na qual o tribunal se manterá julgando conforme o precedente já estabelecido, não obstante apontar para a necessidade de sua superação.¹¹ Trata-se de uma ponderação a segurança jurídica sobre a correção da decisão, privilegiando-se aquela sobre esta.

É também apontado como justificativa teórica para os precedentes judiciais a tutela da confiança do cidadão frente à atuação do Estado. A tutela jurídica da confiança é, na verdade, o aspecto subjetivo da segurança jurídica, tornando este não apenas como um valor ou princípio jurídico, mas um direito fundamental, colocando o jurisdicionado no papel de receptor de comandos do Estado aptos a fortalecer a confiança na atuação estatal. É o que percebeu Luiz Guilherme Marinoni ao apontar que “a proteção da confiança prende-se mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a

(reasoning), tanto as explícitas quanto as subjacentes. LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. P. 275.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 99.

¹⁰ “Previu, ainda, o CPC, de forma expressa, a incorporação do cenário conhecido como ‘modulação de efeitos’ em relação à nova orientação jurisprudencial vinculante: o tribunal pode deliberar, ao alterar a jurisprudência anteriormente consolidada, que a nova orientação só será aplicada aos casos futuros, a fim de resguardar o interesse social e a segurança jurídica (art. 927, §3º), a partir do reconhecimento da necessidade de que a mutação jurisprudencial de forma geral (seja em direito processual, seja em direito material), além de se apresentar permeada por fundamentação adequada e específica, leve em consideração os ‘princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia’ (art. 927, §4º).” THEODORO JÚNIOR, Humberto, ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2021. pp. 114-115.

¹¹ “Deste modo, nos casos posteriores à sinalização (*signaling*), o tribunal poderá superar o precedente com maior tranquilidade, pois terá apontado que ele já não era, desde então, confiável. Qualquer sujeito que confiar no precedente para guiar suas ações, após a sinalização, fá-lo-á de forma injustificada, não merecendo, portanto, ter sua expectativa juridicamente tutelada.” MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 326.

calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos”.¹²

A segurança jurídica, contudo, é vista sob uma ótica estática, de previsibilidade e calculabilidade. Estas características bem atendem a uma visão capitalista de Direito e de processo¹³, não sendo suficiente para demonstrar os valores principais do ordenamento jurídico. Fala-se, portanto, em integridade do direito como fundamento axiológico dos precedentes, traduzindo-se em “continuidade evolutiva, não redundância, coerência e integridade, em vez de previsibilidade, antevisão ou continuísmo (reprodução acrítica)”¹⁴.

A necessidade de que haja coerência dinâmica no ordenamento jurídico, em que cada decisão seja um elo de uma enorme corrente, garantindo continuidade sem que haja engessamento, é consequência e, ao mesmo tempo, fundamenta um dever qualificado de fundamentação instituído como paradigma no Código de Processo Civil de 2015. Os atributos de estabilidade, integridade e coerente estão, ademais, estampados no texto processual que aparenta ter preferido mencionar a segurança jurídica especialmente sob seu viés subjetivo de proteção da confiança legítima¹⁵.

2. PARADIGMA SISTÊMICO DO SISTEMA DE PRECEDENTES

O Código de Processo Civil de 2015 adotou o modelo constitucional de processo, valorizando a adoção de princípios, promovendo um maior diálogo com a Constituição e fortalecendo a participação das partes (quer dos sujeitos parciais, quer do sujeito parcial) na construção de uma decisão legitimada sob os valores constitucionais.

A adoção de um modelo constitucionalizado pode ser percebida, por exemplo, pela leitura do primeiro artigo do Código de Processo Civil¹⁶ que determina que o processo civil será ordenado e interpretado conforme valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Este comando se espalha por todo o texto codificado processual, quando, por exemplo, determina a observância da dignidade da pessoa humana (artigos 8º e 805, por exemplo), ou

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 104.

¹³ “O direito racional formal é percebido por Weber como fundamental para a existência do capitalismo moderno, por sua natureza calculável e por sua previsibilidade.” MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. 3 e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 28.

¹⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. op. cit. p. 279.

¹⁵ Art. 927 §4º § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

¹⁶ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na [Constituição da República Federativa do Brasil](#), observando-se as disposições deste Código

quando impõe a necessária isonomia entre as partes (artigo 7º) ou, ainda, ao impor uma participação qualificada na formação de todas as decisões (artigos 9º e 10º).

Uma das principais inovações do CPC/15 foi a valorização dos precedentes judiciais, impondo a todo o Poder Judiciário o dever de observância de decisões previamente qualificadas como precedentes, elencadas no artigo 927, como forma de dar coerência e integridade ao sistema.

Se a coerência é elemento inato a todo e qualquer sistema (quer jurídico ou não), o conceito de integridade não é tão difundido e mostra-se como vetor fundante do sistema de precedentes brasileiro, conforme expõe de forma taxativa o artigo 926. Mesmo que o texto normativo fosse silente acerca de qual pressuposto teórico adotou para a instituição do sistema de precedentes à brasileira, cumpre analisar o pressuposto da integridade trazido por Ronald Dworkin como valor central no sistema processual pátrio.

Para Ronald Dworkin, considerar-se-á o direito como integridade desde as proposições derivem diretamente de princípios basilares de justiça, equidade e devido processo legal e demonstrem a melhor interpretação a moralidade política e prática jurídica da comunidade.¹⁷

O Direito como integridade pressupõe uma ótica interpretativista do Direito, eliminando uma das características principais do positivismo jurídico – em especial sob a ótica de Hart e Kelsen – de existência de uma discricionariedade judicial. Para Dworkin, ao contrário, entender que um problema pode ter mais de uma solução consiste em uma “miopia cognitiva”¹⁸ ou incapacidade de desvendar solução ideal para o problema.

Para alcançar a integridade, Ronald Dworkin se contrapõe ao princípio da guilhotina de Hume, que busca a separação do ser e do dever-ser, trazendo unidade de valor à ética, à moral, política e ao Direito. Essa unidade de valor parte da dignidade humana que opera como um centro gravitacional de todas as regras, princípios e diretrizes políticas, ao lado da liberdade, igualdade e do devido processo legal substancial.

Para fundamentar sua teoria, Ronald Dworkin traz duas imagens que ilustram, respectivamente, a coerência e a integridade do Direito: o romance em cadeia e a figura do juiz Hércules.

Na alegoria do romance em cadeia, os juízes são “igualmente autores e críticos”¹⁹ das decisões judiciais que proferirem, levando-se em consideração um contexto amplo de decisões anteriores – tanto políticas quanto jurídicas – sem descuidar de fazer uma avaliação do momento presente. O juiz não é um mero reproduzidor acrítico de precedentes, de modo que a previsibilidade não é o único valor a que se leva em consideração. O juiz deve perceber também a unidade dos valores morais, éticos, políticos e jurídicos e sempre interpretar criticamente os precedentes, buscando sua adequação, distinção ou superação ao caso a ser aplicado.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹⁸ PEDRON, Flavio Quinaud, CARVALHO, Joabe Herbe Amorim. A contribuição da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin para a hermenêutica jurídica contemporânea. *in* Revista do Mestrado em Direito UCB. Brasília, v. 10, n. 2. p. 439. Dez. 2016.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *op. cit.* p. 275.

Ronald Dworkin aponta que, no romance em cadeia, o intérprete deve se atentar a dois fatores essenciais: de início, a dimensão da adequação garante que as decisões sejam elos coerentes entre si, garantindo igualdade de tratamento aos iguais e unidade de julgamento.

O outro fator essencial está ligado à integridade de valor propriamente dito e pode ser melhor exemplificado utilizando-se a alegoria do juiz Hércules. O juiz Hércules é uma figura criada por Ronald Dworkin dotada de saber sobrenatural, dispondo de todos os meios e tempo possíveis para conferir a cada caso a única decisão correta, considerando-se a unidade e integridade de valor, bem como coerência com decisões e valores políticos, aceitando que o direito não somente é posto por normas legais, bem como por decisões do Poder Judiciário, assim como há valores políticos ou sociais que permeiam o cenário jurídico e devem a ser ele ser incorporados, mesmo que haja, eventualmente, lei contrária.²⁰

A integridade apontada - repita-se, como um dos fundamentos axiológicos do sistema de precedentes trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 - mostra-se como elemento fundamental para a compreensão e justificação da aplicação de um direito que se pretende justo, coerente e igualitário, uma vez que se preocupa igualmente com o tratamento equânime às partes, a coerência na aplicação dos julgados e interpretação do direito e a sua correção, de acordo com valores que são comuns quer à moral, quer à ética ou ao direito.

3. O QUE É PRECEDENTE?

Conforme já explanado nos tópicos anteriores, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito processual brasileiro tem se firmado em um novo modelo constitucional do processo, muito embora tais ideais ainda não foram plenamente internalizadas, exigindo aprimoramento da aplicação dos institutos. Somente assim é que os institutos processuais encontrarão adequação normativa às mudanças sociais ocorridas neste período.

²⁰ Assim, mesmo que houvesse uma lei permitindo a tortura e mesmo que houvesse norma constitucional validando, tais normas seriam contra valores da própria sociedade e, de acordo com a teoria da unidade e integridade de valor, não deveriam ser aplicadas. O autor aborda esta questão em vários de seus escritos, como, por exemplo, na obra "Levando Direitos a sério": "Nenhuma sociedade que se proponha a reconhecer uma variedade de direitos, com fundamento no fato de que a dignidade ou a igualdade de um homem podem ser violadas de diferentes formas, pode aceitar um princípio desse tipo. Se forçar um homem a testemunhar contra si próprio ou proibi-lo de falar produz o dano implicado nos direitos contra a auto-incriminação e o direito à liberdade de expressão, então seria desrespeitoso se o Estado dissesse a um homem que ele deve sofrer tal dano em vista da possibilidade de que venha a reduzir marginalmente o risco de perdas por parte de outros homens. Se os direitos têm sentido, então seus graus de importância não podem ser tão diferentes a ponto de que alguns deles não sejam absolutamente levados em conta, enquanto outros sejam dignos de menção." DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020. p. 312.

Referido modelo constitucional do processo, incluindo os precedentes, exige a adoção de uma postura democrática, além de um discurso meramente retórico, de forma a efetivar direitos e estudar, não apenas a atuação dos juízes, mas os dilemas sociais com profundidade.

Para tanto, o novo Código de Processo Civil inaugurou diversos dispositivos, especialmente em seu capítulo introdutório, tais como o princípio da boa-fé objetiva, o contraditório, a garantia da não surpresa, a publicidade dos julgamentos, o dever de motivar e fundamentar as decisões judiciais, entre outros. Deste modo, os precedentes judiciais devem obediência de plano a tais regras processuais que possuem natureza constitucional.

Pelos diversos dispositivos previstos no Código de Processo Civil é possível notar a força dos precedentes judiciais que impactam todo o direito processual brasileiro, seja na cooperação jurisdicional, seja na improcedência liminar do pedido, na sentença, nos recursos²¹.

Mas, qual é o significado de precedente judicial? A relevância de um acontecimento pretérito faz com que este evento do passado seja norteador para a tomada de decisão futura em casos idênticos, garantindo a previsibilidade das relações. Se determinada decisão foi tomada envolvendo um caso que possui os mesmos fundamentos fáticos de outro, a mesma razão de decidir deve ser invocada, visando garantir a segurança jurídica.

Assim, de um lado haverá sempre o caso-paradigma e de outro o caso-paragonado, que deverão ser colocados frente a frente, de modo a identificar se os argumentos fáticos coincidem. Em caso positivo, os argumentos de direito vinculam o julgador do caso futuro, devendo ser igualmente invocados, o que nos leva a refletir a importância da tomada de decisão, senão como o principal elemento na concretização dos precedentes judiciais.

Uma premissa básica, embora relevante para compreender o conceito de precedente, é afirmar que as decisões proferidas em ambos os casos paradigma e paragonado devem pautar-se na coerência e na integridade, conforme já exposto.

Não é demais trazer à baila as lições de Ronald Dworkin e seu viés democrático para a Teoria do Direito, que muito se preocupou em identificar a coerência e a integridade nas decisões judiciais, assim como hoje preconiza o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015. Em seus trabalhos, Dworkin inclinou a analisar a legitimidade do Direito Moderno, justificando o poder coercitivo estatal e apresentando propostas além do senso comum teórico, pensando tanto no passado, quanto no futuro do Direito²².

Ora, como as ideias de Dworkin influenciam o tema dos precedentes judiciais? Nesta linha de raciocínio de que a moralidade política da atividade jurisdicional está atrelada à responsabilidade pessoal dos indivíduos, é possível raciocinar que os precedentes judiciais encontram seu fundamento ético,

²¹ DUARTE, Zulmar; JOBIM; Marco Félix. Ultrapassando o precedente: anticipatory overruling. Revista dos tribunais, 2018, p. 01.

²² NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico de Sena; PEDRON, Flávio Quinaud. Os Precedentes Judiciais, a Art. 926 do CPC e Suas Propostas de Fundamentação: Um Diálogo Com Concepções Contrás...Revista dos Tribunais, Vol. 263/2017, Jan, 2017, p. 06.

contribuindo para o desenvolvimento de valores políticos sob a luz da coerência e da integridade, conceitos da filosofia dworkiniana.

Além disso, Dworkin defende que o raciocínio jurídico decorre de uma interpretação construtiva do Direito e das convicções pessoais que cada pessoa tem, mas fruto de decisões coletivas, quando então constrói a tese metafórica chamada *romance em cadeia*. Como os escritores de um romance que desenvolvem seus capítulos baseados nas histórias dos escritores dos capítulos anteriores, sem o qual não podem se desvincular, os juízes assumem suas responsabilidades para criar e interpretar um Direito único e integrado, uma tarefa muito similar ao que ocorre nos precedentes judiciais.

Cada juiz, no momento de desenvolver a sua tese e seus argumentos, leva em conta o que os juízes anteriores decidiram coletivamente sobre determinado tema e, somente assim, chegará a sua opinião. O maior desafio do Juiz, portanto, não é somente reconhecer o Direito como fruto de leis, mas seguir o que entende o próprio poder judiciário sobre o tema muito antes da sua decisão.

Não significa, para Dworkin, reproduzir exatamente as decisões do passado, inibindo o livre convencimento do juiz, mas analisando os erros e acertos do passado, por meio de uma hermenêutica crítica. No que chama de Teoria dos Erros Institucionais, o magistrado realiza um filtro de toda a história para criar uma decisão livre de fraudes, erros e parcialidade.

Para Zulmar Duarte e Marco Jobim, os precedentes são como a estrela polar, pois fixam um norte para o juiz conduzir o processo e decidir seu julgamento, sem, no entanto, possuir caráter de imutabilidade²³. Isso porque, as circunstâncias relevantes do caso concreto podem permitir que o juiz antecipe a superação do precedente, assim como prevê o art. 489, § 1º, VI, do Código de Processo Civil.

Segundo os autores, o “precedente não é um julgamento histórico, mas se forma na história de um julgamento”²⁴, uma vez reconhecida como a solução mais adequada para o caso concreto e que possui o condão de orientar situações jurídicas futuras e semelhantes. E, o modo como o precedente é formado, constitui um fator importante e decisivo para que se encontre a estabilidade almejada.

Barreto Serra Junior conceitua precedente como o crivo a ser obrigatoriamente utilizado nos casos futuros para garantir a isonomia e a estabilidade das decisões²⁵. Luiz Roberto Barroso, por sua vez, defende que todas as decisões judiciais são vinculantes, mas quando a orientação firmada deve ser necessariamente observada nos casos futuros e idênticos, os efeitos são gerais e vinculantes, isto é, *erga omnes*, ultrapassando a mera vinculação do caso concreto, e isso é precedente.²⁶

²³ DUARTE, Zulmar; JOBIM, Marco Félix. Ultrapassando o precedente: anticipatory overruling. Revista dos tribunais, 2018, p. 02.

²⁴ DUARTE, Zulmar; JOBIM, Marco Félix. op. cit., p. 03.

²⁵ SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto Serra. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. Revista de Informação Legislativa, v. 54, n. 214, p. 131-152, 2017.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 7 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

Hermes Zaneti Júnior para conceituar o instituto levanta questões importantes sobre a racionalidade e a pretensão de universalidade dos precedentes judiciais, de modo que um precedente deve ser obrigatoriamente aplicado por ser racionalmente vinculante, devido ao seu potencial de vinculação. Significa, pois, tratar casos iguais da mesma maneira e com pretensão de universalidade, estabelecendo o ônus argumentativo para as decisões futuras e alcançando, assim, os princípios da igualdade, previsibilidade e efetividade do Direito²⁷ (2014, p. 07).

Deste modo, embora a doutrina não seja uníssona, no momento, sobre o conceito de precedente judicial, inegável que o instituto ganhou força a partir do Código de Processo Civil de 2015, constituindo um dever de observar as regras processuais constitucionais inseridas no novo código. Em seguida, é necessário identificar as semelhanças entre o caso pretérito, que servirá como paradigma ao vincular o Direito aplicado no caso futuro. Por fim, entender a importância da coerência e da integridade das decisões judiciais, significa garantir a previsibilidade de um Direito justo, coerente e íntegro à toda sociedade.

3.2 Precedente positivo nas sociedades dinâmicas

Em que pese historicamente o Direito brasileiro estivesse adepto ao ordenamento jurídico romano-germânico (*civil law*), cada vez mais o ordenamento jurídico pátrio tem encontrado similaridade com o sistema do *stare decisis*, ou seja, a força obrigatória dos precedentes, buscando que situações jurídicas iguais não sejam julgadas de forma distinta pelo mesmo tribunal ou por tribunais diferentes.

O tema guarda uma importante reflexão sobre como os precedentes podem ser positivos e benéficos para a sociedade, trazendo justiça àqueles que buscam o poder judiciário como refúgio no momento de angústia. Por vezes, esbarramos em um poder legislativo que não consegue produzir leis conforme os anseios da sociedade e, guardadas as cautelas exigidas pela separação dos poderes, é que os precedentes judiciais podem ser uma saída para que o Direito acompanhe a sociedade.

Hermes Zaneti Júnior²⁸ considera que o ordenamento jurídico brasileiro é híbrido ou misto, cuja tendência do Direito tem sido repensar a separação das funções entre o magistrado, o legislador e a doutrina. Nas palavras de Duarte e Jobim, as modificações culturais, sociais e políticas distanciam gradativamente o direito positivo das demandas de uma sociedade complexa e dinâmica.²⁹

Para o direito positivo, cuja fonte primária do Direito é a lei, genérica e abstrata, o juiz é mero intérprete e aplicador da Lei, sem o poder de criar ou interpretar o Direito. Tal característica, que até

²⁷ ZANETI, Hermes Jr. Precedentes (Treat Like Cases Alike) E O Novo Código De Processo Civil; Universalização E Vinculação Horizontal Como Critérios De Racionalidade e a Negação da "Jurisprudência Persuasiva" Como Base Para Uma Teoria E Dogmática Dos Precedentes No Brasil. Revista dos Tribunais Online, 2014.

²⁸ ZANETI, Hermes Jr. op. cit. p. 04.

²⁹ DUARTE, Zulmar; JOBIM; Marco Félix. Ultrapassando o precedente: anticipatory overruling. Revista dos tribunais, 2018, p. 02.

então o Brasil estaria essencialmente adepto, comprova-se com o princípio da legalidade preconizado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, em que a garantia dos direitos positivos visa à proteção do indivíduo frente aos arbítrios e excessos cometidos pelo próprio Estado.

Não é mais possível, todavia, imaginar um Estado fervorosamente legalista, devido às constantes modificações sociais, políticas, culturais e até mesmo econômicas que influenciam a construção do Direito. Por esta razão, a lei nem sempre será capaz de propiciar a solução mais adequada ao caso concreto e é neste viés que a tradição do *common law*, presente nos países de cultura anglo saxônica, ganha força nos países do *civil law*, especialmente no Brasil, para uma crescente aproximação entre as duas famílias.

Contudo, ao olhar para os benefícios do precedente na sociedade, faz mister destacar a busca pela uniformidade e segurança jurídica, que devem se atentar à individualização do Direito, de modo que o juiz possa exercer o seu livre convencimento motivado, ainda que a vinculação decorra da força cogente e obrigatória do pensamento consubstanciado no precedente.

Daí que a motivação da decisão judicial, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal surge como fator essencial para que o juiz aponte quais os elementos que foram levados em consideração para proferir sua decisão com base no precedente judicial. Assim, a atividade interpretativa do magistrado pode ser modificada, mas seus fundamentos na lei, doutrina e jurisprudência são necessários para que não ocorram ilegalidades (art. 486, CPC/15).

O Estado de Direito contemporâneo como produto de uma construção histórica, jurídica e cultural, com mudanças sociais que são corriqueiras e dinâmicas, a segurança jurídica subsiste como vetor obrigatório no ordenamento jurídico brasileiro. Isso, pois a expectativa dos envolvidos com relação à aplicação do Direito e ao comportamento do magistrado é essencial para a construção de um justo sistema, aliás, trata-se de direito fundamental expresso nos artigos 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

No tocante à estabilidade do sistema, a noção a que se remete é a da previsibilidade do comportamento do magistrado e dos direitos e deveres jurídicos das partes, privilegiando o pilar maior da dignidade da pessoa humana e da confiança que as pessoas depositam nas instituições e nos órgãos estatais. Quanto maior a estabilidade, mais capaz será o Estado de prevenir ou solucionar conflito de interesses, do contrário, o convívio civilizado da sociedade poderá ser colocado em xeque.

Neste ponto é que a isonomia também atua como vetor argumentativo dos precedentes, pois o magistrado deve assegurar a igualdade material e formal no processo, conferindo segurança jurídica e promovendo a distribuição de direitos de forma igualitária. Isso pois, é inegável que a construção do direito processual deve ser regida por valores constitucionais e elementares para o devido processo legal.

A garantia do devido processo legal consiste em assegurar tratamento igual aos iguais e tratar os desiguais desigualmente (princípio da isonomia). Por este motivo, a motivação das decisões que está prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal é indispensável para a concretização de tais direitos, e por consequência, pode-se afirmar que o sistema de precedentes encontra seu fundamento de validade no art. 5º da Constituição Federal.

A uniformização do Direito não pode ser limitada ou restrita, como se pretendia no Código de Processo Civil de 1973, pois a dinâmica das relações sociais, a constante alteração das leis, bem como das posições jurisprudenciais e doutrinárias exige a possibilidade da revisão dos precedentes para adequação dos interesses sociais, por meio das técnicas do *overruling* e *distinguishing*.

No Brasil, parece haver mitigação da aplicação do *stare decisis*, pois embora o juiz de instâncias ou tribunais inferiores deva declarar o direito constituído em sede de precedente judicial, este não possui o condão de revogar leis já existentes, tampouco de afastar qualquer interpretação distinta que se faça necessária ante as particularidades de um novo caso concreto. E essa é mais uma segurança de um precedente positivo para a sociedade.

Ressalta-se, por fim, que não existem decisões prontas, mas decisões em construção, especialmente no tocante à aplicação dos precedentes judiciais, que embora vinculam decisões futuras, devem se atentar às particularidades do caso concreto analisadas sob o pálio de uma sociedade complexa e dinâmica. Quando a lei não for criada pelo poder competente, os precedentes servirão como saída no ordenamento jurídico para aproximar o Direito e a sociedade, inclusive buscando a uniformidade e a estabilidade das decisões.

Portanto, os benefícios da adoção de um sistema de precedentes esbarram no precedente positivo, quando são respeitados os princípios da isonomia, da motivação das decisões judiciais, da coerência e da integridade. E, aliados às regras processuais constitucionais, não haverá problemas em se aplicar o precedente, pelo contrário, servirá de solução para os casos futuros e idênticos.

3.3 *Ratio decidendi e obiter dictum*

No Brasil, o marco da adoção do sistema de precedentes com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que inseriu no ordenamento jurídico os enunciados de súmula vinculante, editadas pelo Supremo Tribunal Federal e introduziu a repercussão geral nos casos submetidos a recurso extraordinário (art. 102, §3º, da CF/88).

A *ratio decidendi* do caso deve ser analisada e comparada ao caso paradigma do precedente invocado, que na teoria dos precedentes, recebe o nome de *distinguishing*. Por este motivo, em que pese a obrigatoriedade dos precedentes, estes não podem ser invocados de qualquer forma e em qualquer situação jurídica, pois o julgador deve realizar o *distinguishing* com base na individualização dos elementos de fato e de direito trazidos pelas partes em contraditório.

Cabe dizer, que para a formação de um precedente, é necessário analisar a *ratio decidendi*, ou a razão da decisão, pois as circunstâncias de fato e os argumentos secundários não podem ter o condão de conferir força obrigatória e vinculativa a uma decisão judicial³⁰.

Por este motivo, antes de se aplicar o sistema de precedentes obrigatórios, é necessário analisar se o caso concreto guarda semelhanças ao precedente invocado, não sendo útil e tampouco

³⁰ DONIZETTI, Elpídio. A Força Dos Precedentes No Novo Código De Processo Civil. Jusbrasil, 2014.

permitido que os magistrados apenas façam a citação de trechos de decisões antecedentes, sem levantar a familiarização entre os temas e a correlação dos casos que enseja a aplicação do precedente judicial.

A Teoria dos Precedentes Judiciais tem como destinatárias as Cortes Supremas, pois são elas as responsáveis pela formação dos precedentes. Alguns doutrinadores como Fredie Didier Jr, Marinoni e Mitidiero defendem que a formação dos precedentes é função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. A ideia é que referidos Tribunais assumam caráter de Corte Suprema, e não de Cortes Superiores³¹, embora seja inegável a importância conferida às decisões por elas prolatadas.

Ao magistrado, não é dado que decida de forma solitária, já que possui o compromisso de se voltar para a história institucional do Direito e analisar as decisões pretéritas que melhor materializam os princípios jurídicos a serem aplicados no caso concreto, promovendo a integridade e a coerência.

O professor Lênio Streck em suas palavras sustenta que “decidir não é sinônimo de escolher”³² e por isso, o juiz não deve se limitar a escolher o que acredita ser mais conveniente no caso concreto, sem analisar as circunstâncias e toda a história institucional por trás do Direito.

Aliás, o papel de reconstruir o Direito não está só nas mãos do magistrado, que deve agir com coerência e integridade, como bem defende Dworkin, mas de todos os sujeitos processuais, a exemplo da boa-fé objetiva e do dever de cooperação, introduzidos nos artigos 5º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015.

3.4 Vinculação forte e fraca dos precedentes

Certamente, uma das marcas do precedente judicial é vincular decisões e julgamentos futuros. A doutrina brasileira dividiu esta influência em dois entendimentos. O primeiro divide precedente com força obrigatória e persuasiva; o segundo divide precedente de vinculação forte, média e fraca.

A primeira classificação do precedente obrigatório defende a absoluta vinculação do entendimento anteriormente firmado no julgamento de demandas similares, devendo adotar nesse novo caso a mesma solução jurídica adotada no precedente. Tal classificação não confere qualquer margem de discricionariedade para o julgador, que se encontra em uma posição de tão somente declarar o Direito.

Por sua vez, o precedente persuasivo não possui força cogente e obrigatória suficientemente capaz de vincular o julgador a utilizar o mesmo entendimento firmado no caso idêntico anterior. Nesta classificação, o precedente atua como “indício de uma solução racional e socialmente adequada”³³.

³¹ MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 79.

³² STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme a minha consciência? 4. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 106.

³³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 11.

A maioria da doutrina faz severas críticas a esta categoria de precedente, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni³⁴, o qual explica que o precedente judicial não pode servir como mera orientação ou indício para o julgador, pelo contrário, o órgão julgador somente poderá afastá-lo a partir de argumentos suficientemente convincentes que irão superar o entendimento já firmado em caso anterior e idêntico.

De outra banda, a professora Teresa Arruda Alvim³⁵ divide a obrigatoriedade dos precedentes judiciais em forte, médio e fraco.

A vinculação forte pertence àquelas decisões em que o Código de Processo Civil de 2015 previu medidas de contestação, a exemplo da possibilidade de propor reclamação constitucional, previsto no art. 988 do CPC. Diferentemente, a vinculação média é aquela em que se permite apresentação de recurso quando o precedente for ofendido. Por fim, a obrigatoriedade fraca é a vinculação social e cultural, que decorre do senso comum do que se espera racional e socialmente.

Seja qual for a classificação, conclui-se que o precedente judicial deve ser vinculativo para o órgão julgador, sendo que o entendimento consubstanciado em decisão anterior, isto é, no caso-paradigma, servirá como solução jurídica nos casos futuros e idênticos, de modo a garantir a estabilidade e a segurança jurídica do sistema.

Importante ressaltar que a estabilidade das decisões judiciais, não significa imutabilidade. Por meio das técnicas do *overruling*, *prospective overruling* ou *distinguishing*, o precedente poderá ser superado ou não aplicado ao caso concreto, dado às particularidades das relações sociais. A resposta para a correta aplicação dos precedentes se baseia na coerência e na integridade das decisões proferidas para uma sociedade complexa e dinâmica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito positivo brasileiro, cuja fonte primária do Direito é a lei, genérica e abstrata, permitiu que o nosso sistema jurídico historicamente fosse sempre adepto ao ordenamento jurídico romano-germânico (*civil law*), em que o Juiz é mero intérprete e aplicador da Lei, sem o poder de criar ou interpretar o Direito.

O antigo Código de Processo Civil de 1973 não possuía essa mesma ideia principiológica e democrática advinda com o NCPC, pelo contrário, os magistrados interpretavam e aplicavam a lei solipsistas, citavam trechos de julgamentos sem adequação na hora de julgar, não se havia preocupação com o diálogo no processo, e as súmulas eram levantadas em contextos distintos do caso concreto

³⁴ “Para que se tenha eficácia persuasiva é preciso que exista algum constrangimento sobre aquele que vai decidir. É necessário que o órgão decisório tenha alguma obrigação diante da decisão já tomada. O reflexo deste constrangimento ou desta obrigação apenas pode estar na fundamentação. A Corte obrigada não pode ignorar o precedente devendo apresentar convincente fundamentação para não adotá-lo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, pp. 117-118).

³⁵ ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Ocorre, porém, que dentre as muitas mudanças ocorridas no Código de Processo Civil brasileiro, a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu as súmulas vinculantes no texto constitucional e consagrou o efeito vinculante das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade concentrado.

A uniformização e a estabilidade dos precedentes, portanto, deve buscar a aplicação das mesmas soluções jurídicas a casos semelhantes, mas é dever do juiz solucionar o caso concreto com base nos princípios da racionalidade e da isonomia. Por isso, a obrigatoriedade dos precedentes não afronta a garantia da independência judicial, mas permite que o juiz exerça seu livre convencimento motivado com um entendimento que se espera ser racional e isonômico, vinculando os demais casos futuros e semelhantes.

Não obstante o CPC/15 ter fortalecido o sistema de precedentes, positivando decisões judiciais que são de observância obrigatória, assim como instituindo um microsistema de julgamentos repetitivos, o fundamento axiológico para utilização dos precedentes sobrepõe-se à obrigação legalmente imposta, decorrendo diretamente da integridade do direito, da unidade de valor entre os sistemas jurídico, moral e ético assim como da igualdade entre os indivíduos.

Nesse ponto, o CPC/15 teve como fator positivo incutir a mentalidade de precedentes no sistema jurídico brasileiro, sem se descuidar de, expressamente, fundamentar-se no princípio da integridade e da coerência que, por si, dispensariam quaisquer determinações legais.

A observância da coerência e da integridade acarreta uma vinculação não somente vertical, mas horizontal aos precedentes, em decorrência da necessidade de coerência e igualdade. A segurança jurídica, por sua vez, apontada como um dos elementos fundamentais do sistema de precedentes judiciais, é mais um produto do sistema, em especial sob a ótica subjetiva da proteção a confiança legítima, evitando-se, portanto, surpresas em alterações de posicionamentos estatais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DONIZETTI, Elpídio. *A Força Dos Precedentes No Novo Código De Processo Civil*. Jusbrasil, 2014.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

DUARTE, Zulmar; JOBIM; Marco Félix. Ultrapassando o precedente: anticipatory overruling. *Revista dos tribunais*, 2018.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 3 e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico de Sena; PEDRON, Flávio Quinaud. Os Precedentes Judiciais, a Art. 926 do CPC e Suas Propostas de Fundamentação: Um Diálogo Com Concepções Contrás...*Revista dos Tribunais*, Vol. 263/2017, Jan, 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud, CARVALHO, Joabe Herbe Amorim. A contribuição da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin para a hermenêutica jurídica contemporânea. *in Revista do Mestrado em Direito UCB*. Brasília, v. 10, n. 2. p. 431-449. Dez. 2016.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto Serra. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 54, n. 214, p. 131-152, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANEANDO VÍCIOS DOS RECURSOS PENAIS ATRAVÉS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
APLICAÇÃO SUPLETIVA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 932¹

*FIXING DEFECTS OF CRIMINAL APPEALS THROUGH THE CODE OF CIVIL PROCEDURE:
SUPPLEMENTARY APPLICATION OF THE UNIQUE PARAGRAPH OF ARTICLE 932*

Bruno Gimenes Di Lascio²

Eduardo Augusto Salomão Cambi³

Resumo: O artigo tem por objeto analisar a aplicabilidade da regra do parágrafo único do artigo 932 do Código de Processo Civil de 2015 na admissibilidade dos recursos penais, e qual seria a extensão da empregabilidade da referida regra para sanear recursos viciados. Pretendeu-se dissecar o conteúdo da referida norma e demonstrar os modelos de complementação das normas do processo penal pelo processo civil através da aplicação expressa, residual, subsidiária e supletiva. Através de método dedutivo e pesquisa bibliográfica, buscou-se detalhar a normatividade do dispositivo, os modelos possíveis de integração normativa e as hipóteses de vícios nos recursos processuais penais sanáveis pela parte recorrente após a admissibilidade do juízo relator. Verificou-se, por fim, a plena aplicabilidade supletiva da norma aos recursos penais quando preenchidos os requisitos intrínsecos, propiciando maior eficácia do direito fundamental à ampla defesa na seara recursal.

Palavras-chave: Recurso penal. Admissibilidade. Vício. Saneamento supletivo.

Abstract: The object of the article is to analyze the applicability of the rule in the unique paragraph of article 932 of the 2015 Code of Civil Procedure to the admissibility of criminal appeals, and what would be the extent of the employability of the rule to fix defects. It was intended to dissect the content of the aforementioned rule and demonstrate the models for complementing the norms of criminal procedure by civil procedure through express, residual, subsidiary and supplementary application. Through a deductive method and bibliographical research, we sought to detail the normativity of the device, the possible models of normative integration and the hypotheses of defects in the criminal appeals that can be cured by the appellant after the depuration of the reporting judge. Finally, the full supplementary applicability of the rule to criminal appeals was verified when intrinsic requisites were fulfilled, providing greater effectiveness of the fundamental right to full defense in the area of appeal.

Keywords: Criminal appeal. Admissibility. Defect. Supplementary depuration.

¹ Recebido em 30/10/2023 e aprovado em 21/01/2024.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Direito e Processo Tributário Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

³ Possui mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001). Fez pós-doutorado na Università degli Studi di Pavia (2007). Atualmente, é professor associado e pesquisador da Universidade Estadual do Norte do Paraná, professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz (FAG) e da Faculdade Pan-Americana de Administração e Direito (FAPAD). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Foi promotor de justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (2004-2022). Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Atua principalmente nos seguintes temas: Sistema de Justiça, Direitos Humanos, Direitos e garantias fundamentais, Constituição e cidadania.

I INTRODUÇÃO

Pretende-se examinar a possibilidade e extensão da aplicabilidade da regra disposta no artigo 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil (CPC), junto aos recursos que visam impugnar decisões judiciais no âmbito do Direito Processual Penal. Tal regra fixa atribuições ao relator do recurso cível interposto, conferindo a possibilidade de correção de eventuais vícios recursais pela parte recorrente, após intimação para saná-los. Seria ela analogamente aplicável aos recursos penais?

Diversamente do que se dispunha no passado, quando em vigor os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, o recurso manifestamente viciado não era conhecido, ou ainda julgado deserto, pela ausência de preparo (recolhimento de taxas judiciárias). Com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, o legislador buscou elevar a importância das decisões de mérito, ao invés de obstaculizar sua análise pelo juízo *ad quem*.

Frutos dessa concepção instrumental são os artigos 488 e 1.017, parágrafo terceiro, ambos do Código de Processo Civil de 2015. O primeiro artigo prevê que o juízo resolverá o mérito “sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento”, nos casos de sentença terminativa (sem resolução do mérito). Ou seja, ainda que a decisão judicial não analise com profundidade o pedido disponibilizado na petição inicial, poderá o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal pronunciar-se, “sempre que possível”, caso o deslinde do feito aproveite favoravelmente a uma das partes.

Na mesma linha, o artigo 1.017, parágrafo terceiro, do CPC, afirma que, por ocasião do recurso de agravo de instrumento, quando o referido instrumento estiver carente de documentação necessária ao conhecimento e julgamento da impugnação, disponibilizar-se-á prazo para a parte recorrente sanar o vício ou complementar a documentação exigível, com vistas a possibilitar o julgamento do mérito do recurso e a apreciação do seu requerimento final.

A lógica do legislador foi mantida por ocasião do artigo 932, parágrafo único, do CPC de 2015. Na oportunidade de se ofertar à parte recorrente meio para corrigir eventual vício detectado antes do julgamento do mérito do recurso, ou até mesmo superar tal vício, se não reputado grave (conforme se verá a respeito dos recursos excepcionais), resta consolidado no ordenamento processual civil, a partir de 2015, o escopo legislativo de se priorizar o julgamento meritório dos pedidos e requerimentos, evitando, assim, negar acesso à justiça àqueles jurisdicionados que, de boa-fé, incidem em desvios formalísticos. Com isso, prestigia-se o princípio da instrumentalidade das formas.

Diante dessas situações, impende averiguar se a norma processual civil pode ser aplicada subsidiariamente à norma processual penal, na vacância desta, ou, ainda, na possibilidade de se prestigiar o julgamento recursal que aproveitar à parte recorrente.

Para isso, o trabalho promoverá pesquisa bibliográfica, via método dedutivo, a fim de demonstrar a possibilidade de o relator sorteado para julgamento coletivo de recurso processual penal fazer uso de norma topicamente processual civil – artigo 932, parágrafo único, CPC – no saneamento de vícios contidos na impugnação da sentença penal. Será considerado ainda o *status quaestionis* de pesquisadores que já

se debruçaram sobre a regra inserida no artigo 932, parágrafo único, do CPC, para expor o quadro geral do conteúdo normativo pela processualística cível. Posteriormente, será aferida a possibilidade de aplicação deste dispositivo junto aos recursos do Direito Processual Penal, e qual a extensão dessa aplicabilidade – se expressa, subsidiária ou residual – nos recursos em espécie, concluindo por sua legítima incidência, ou não, aos recursos penais.

2 O CONTEÚDO NORMATIVO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 932 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DIANTE DOS REQUISITOS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DOS RECURSOS PROCESSUAIS CÍVEIS

Dissecando o teor da regra processual para aferir a sua extensão e limitação, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, percebe-se que o disposto no parágrafo único do artigo 932 do Código de Processo Civil é aplicável a todos os recursos tipificados na legislação processual civil⁴, uma vez que externaliza a solução forjada em âmbito legislativo para “afastar o formalismo exacerbado” típico da regra processual⁵.

O referido dispositivo está topograficamente desdobrado do artigo 932, que enumera as incumbências do relator do recurso, isto é, aquele que resolverá as questões preliminares, incidentais e de admissibilidade, podendo não conhecer do recurso e até mesmo negar-lhe provimento nos casos elencados em lei.

A posição do relator é de elevada importância, pois maximiza⁶ os poderes do juízo de admissibilidade⁷ recursal em detrimento do prestígio à colegialidade da turma⁸, porquanto os julgamentos judiciais são em regra coletivos, exceptuados os casos permissíveis de decisão monocrática do relator

⁴ Conclusão do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis verbalizada no enunciado nº 82: “(art. 932, parágrafo único; art. 938, § 1º) É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais (Grupo: Ordem dos Processos no Tribunal, Teoria Geral dos Recursos, Apelação e Agravo)”.

⁵ SANTOS, Gabriel do Val. *Possibilidade de correção de vícios dos recursos no sistema do Código de Processo Civil de 2015*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. doi:10.11606/D.2.2020.tde-09052021-210956. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁶ O enunciado da súmula nº 568 do STJ já dispunha acerca dos poderes do relator, que monocraticamente pode prover ou desprover recurso especial quando a temática estiver reconfortada na jurisprudência do tribunal: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

⁷ Perfaz juízo de admissibilidade todo aquele que “aquele em que se declara a presença ou ausência dos referidos requisitos; e se chama juízo de mérito aquele em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 67.).

⁸ “Não é difícil intuir a razão de o CPC/2015 também ter dado prestígio ao princípio da colegialidade das decisões dos tribunais, inclusive prevendo o agravo interno para impugnar as decisões tomadas monocraticamente pelo relator (CPC, art. 1.021, *caput*). Considerando a necessidade de se ampliar o debate, para que se obtenha uma decisão mais consistente, sobretudo em razão da força que o ordenamento jurídico conferiu aos precedentes judiciais, nada mais natural que se prestigiar os pronunciamentos tomados colegiadamente.” (SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. Os poderes atribuídos ao relator para decidir monocraticamente o recurso (CPC, art. 932, III, IV e V) podem ser aplicados no agravo interno? *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*. v. 3. n. 2. p. 149-63. jul.-dez. 2017.).

(concessão de ordem de *habeas corpus*, provimento de recurso fincado adequadamente em súmula ou em julgamento de recursos repetitivos), “mas isso não significa que todas as decisões de cunho estritamente processual e despachos devem ser tomados em conjunto, pois isso acarretaria perda de tempo”⁹.

Nesse contexto, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero atribuem ao relator a “direção do processo”, como seu efetivo condutor, possuindo poderes diversificados tais como determinar prova, homologar acordos entre as partes litigantes, provocar o Ministério Público para que officie nos autos etc. Mais do que isso, deve dirigi-lo de forma cooperativa, em conformidade ao artigo 6º do CPC, e “não por acaso o legislador particularizou o seu dever de prevenção no art. 932, parágrafo único, CPC”¹⁰.

Por “dever de prevenção”, entende-se a responsabilidade do relator de viabilizar à parte recorrente a eliminação do vício por ele apontado; ou seja, o juízo natural do recurso é obrigado a fazê-lo, caso detecte vício sanável:

Tendo em conta a estrutura cooperativa do processo civil brasileiro (art. 6.º, CPC), o relator tem o dever de viabilizar à parte a sanação de eventual vício existente no recurso, inclusive a complementação da documentação, no prazo de 5 (cinco) dias (art. 932, parágrafo único, CPC). Trata-se de dever de prevenção. Ao fazê-lo, deve o relator indicar precisamente o que deve ser sanado ou complementado (dever de esclarecimento). Da decisão que viabiliza a correção formal do recurso cabe agravo interno (art. 1.021, CPC).¹¹

O direito à sanação do vício, porém, não se restringe ao juízo relator. Considerando-se a primazia do julgamento de mérito e o dever de cooperação, sustenta-se que os demais magistrados integrantes do colegiado poderão suscitar eventuais vícios quando da análise recursal, contanto que tal feito ocorra antes do início do julgamento do objeto recursal.

Isso porque determinado vício pode passar despercebido pelo juízo de admissibilidade recursal emanado pelo relator, mas nada impede que o defeito formal seja apontado por revisor ou vogal, para que se dê à parte recorrente prazo para solucioná-lo, conforme resolução apontada por Flávio Cheim Jorge e Thiago Ferreira Siqueira:

Pode-se aplicar aqui, por analogia, o que consta dos §§ 1º e 2º do art. 933, que cuidam do procedimento a ser seguido quando ocorra a constatação de “fato superveniente à decisão recorrida” ou de “questão apreciável de ofício ainda não examinada”, após o início do julgamento do recurso: caso a constatação ocorra “durante a sessão de julgamento”, proceder-se-á à suspensão desse, para que se oportunize a correção do vício (§ 1º). Se, por um lado, a constatação ocorrer “em vista dos autos”, devem esses ser encaminhados ao relator, que deverá intimar o recorrente para sanar o defeito e, em seguida, reincluir o feito em pauta para que a questão seja submetida a todos os julgadores (§ 2º).¹²

Considera-se, ainda, que o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal recorrido, no caso

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1849.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1082.

¹¹ *Ibidem*, p. 1083.

¹² JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A correção dos requisitos de admissibilidade dos recursos no CPC/2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 5. ano 2. p. 147-171. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2017.

de interposição de recursos excepcionais (especial e extraordinário), quando da realização do juízo de admissibilidade, ainda que não sejam os relatores da impugnação nem os destinatários dela, podem – e devem – oportunizar à parte recorrente para que sane os vícios detectados, antes da prolação de decisão que admita, inadmita ou nega seguimento aos recursos.

O parágrafo único do artigo 932 do Código de Processo Civil sofre limitações inerentes aos requisitos que ensejam o direito de recorrer e o modo de recorrer. A cada um desses requisitos dá-se o nome de intrínsecos e extrínsecos¹³.

São intrínsecos os requisitos que denotam qualificação essencial do próprio direito de recorrer, tal como o cabimento, a legitimidade, o interesse recursal e a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer¹⁴. Por sua vez, são extrínsecos a tempestividade, a regularidade formal e o preparo¹⁵.

O cabimento se refere à recorribilidade do pronunciamento judicial, não sendo possível agravar contra despacho (artigo 203, parágrafo 3º, CPC), por exemplo. A legitimidade diz respeito a quem pode recorrer, pois um terceiro alheio à relação processual não pode recorrer por uma das partes. O interesse se manifesta na existência de sucumbência, ainda que parcial; afinal, não há interesse em recorrer do julgamento inteiramente procedente do pedido. Já a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos pode ser exemplificada no ato de renúncia ao direito tempestivo de recorrer, seguida de interposição do recurso cabível, ainda que em lapso tempestivo. A renúncia, neste caso, derroga o direito de recorrer.

Por serem os requisitos intrínsecos essenciais ao próprio direito de recorrer, sua inexistência ou o seu não preenchimento significa a dizer que não há direito ao recurso. Por não o haver, não há que se considerar a aplicação do parágrafo único do artigo 932 do Código de Processo Civil, incumbido de sanar vícios sanáveis.

Os vícios relacionados aos requisitos extrínsecos, por sua vez, são plenamente sanáveis. A tempestividade é um deles. Se o prazo recursal transcorre em branco, há preclusão temporal do direito de recorrer: perde-se o direito de recorrer. Neste caso, o máximo que poderia haver, a pretexto de se aplicar o art. 932, parágrafo único, CPC, é dar à parte prazo para que comprove sua afirmação de justa causa para a perda do direito. Para isso, deve a parte, nas razões recursais¹⁶, já ter informado que houve motivo digno do

¹³ “Comporta-se no juízo preliminar de admissibilidade do recurso o exame dos seus requisitos intrínsecos (dentro os quais o interesse de recorrer) e os extrínsecos (dentro os quais a existência de preparo). A ausência de qualquer deles autoriza o Tribunal a não conhecer do recurso, com o que fica dispensado o exame dos demais requisitos, bem como do mérito da irresignação” (STJ, REsp 665.412/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, jul. 12.09.2006, DJ 05.10.2006).

¹⁴ *Ibidem*, p. 147-171.

¹⁵ Há, porém, autores que resumem os requisitos recursais em apenas cinco: tempestividade, preparo, legitimidade, interesse e regularidade forma. A propósito, disserta Misael Montenegro Filho: “Os principais requisitos de admissibilidade são: (a) a tempestividade, exigindo que o recurso seja interposto no prazo previsto em lei; (b) o preparo; (c) a legitimidade, disciplinada pelo art. 996; (d) o interesse, exigindo a comprovação de que o pronunciamento acarretou prejuízo ao recorrente; (e) e regularidade formal, variando de recurso para recurso.” (MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. p. 748.).

¹⁶ “Dispõe o art. 1.003, § 6º, do CPC/2015 (...) que o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso. Essa norma objetiva facilitar ao órgão ad quem verificar a tempestividade da irresignação, possibilitando a admissibilidade imediata do recurso, buscando evitar a formação de jurisprudência defensiva pelos tribunais.” (BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso; ZAMPAR JUNIOR, José Américo. A aplicação do § 3º do art.

transcurso (feriado local, por exemplo) inerte. Assim, o relator intima o recorrente para comprovar a data do feriado¹⁷, sob pena da intempestividade ser insanável.

O preparo recursal é um dos requisitos extrínsecos passíveis de sanção mais cristalina. Ocorre que o Código de Processo Civil em regra específica já consagra que o relator, ao notar a ausência de preparo, deve intimar a parte para recolhê-lo em dobro, ou, se notar parcial preparo, deve intimar a parte para complementá-lo (artigo 1.007 e parágrafos, CPC).

Acerca da regularidade formal, é possível frisar que o artigo 932, parágrafo único, do CPC, pode exercer relevante influência em determinadas ocasiões. Exemplo disso é a hipótese de o recurso não possuir assinatura do procurador, sendo o recorrente intimado para supri-lo. Outro exemplo razoável é o da intimação do recorrente para que junte comprovação do dissídio jurisprudencial em caso de recurso excepcional fundado na divergência judicial. Citado na fundamentação e ausente na juntada, o acórdão paradigmático poderia ser anexado após intimação da parte recorrente com fundamento no artigo 932, parágrafo único, CPC.

Portanto, os limites de aplicação do art. 932, parágrafo único, do CPC, são os requisitos intrínsecos e extrínsecos ao recurso¹⁸: para que os extrínsecos possam ser sanados, mister que os intrínsecos estejam completamente aperfeiçoados, do contrário sequer direito de recorrer existirá – e não haveria o que suprir pela formalística aquilo que peca na sua essência.¹⁹

Feito o panorama geral do conteúdo normativo do dispositivo processual civil de sanção de vícios recursais, conclui-se ser a medida de aproveitamento do recurso um direito da parte recorrente quando sanáveis os vícios encontrados pelo juízo relator, com vistas a possibilitar o julgamento do mérito recursal e, conseqüentemente, evitar que obstáculos ensejem o não conhecimento da insurgência²⁰. No próximo tópico, passa-se a abordar a mesma temática sob a seara processual penal.

1.029 do CPC/2015: vício grave e a admissibilidade dos recursos excepcionais. *Revista de Processo*, v. 285, p. 319-340, 2018.).

¹⁷ O STJ já se debruçou sobre o tema por ocasião do julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 957.821-MS: “(...) Seja em função de previsão expressa do atual Código de Processo Civil, seja em atenção à nova orientação do STF, a jurisprudência construída pelo STJ à luz do CPC/73 não subsiste ao CPC/15: ou se comprova o feriado local no ato da interposição do respectivo recurso, ou se considera intempestivo o recurso, operando-se, em consequência, a coisa julgada (...). (AgInt no AREsp 957.821/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 19/12/2017).

¹⁸ Nessa linha: “Levando em conta os requisitos de admissibilidade elencados e divididos em intrínsecos e extrínsecos, verifica-se que não são todos eles que podem ser objeto de saneamento. A majoritária doutrina e jurisprudência entende, na linha do estudo proposto, que apenas os requisitos extrínsecos, não vinculados à essência do recurso, é que podem ser sanados. Nessa medida, os requisitos intrínsecos devem ser classificados como insanáveis.” (SANTOS, Gabriel do Val. *Possibilidade de correção de vícios dos recursos no sistema do Código de Processo Civil de 2015*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.).

¹⁹ “(...) se o vício diagnosticado for insanável, tudo o que resta ao julgado é não conhecer do recurso.” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. XX. p. 212.).

²⁰ Nesse sentido, vale destacar: “O comando legal é para que o julgador evite a prolação de sentenças terminativas, priorizando-se as sentenças meritórias. Para tanto, o juiz deverá, sempre que possível, superar os vícios processuais, ignorando-os ou permitindo seus saneamentos, a fim de que se possa, efetivamente, examinar o mérito da causa e resolver o conflito de interesse levado ao Judiciário.” (CARVALHO, Walméa Elyze; MIRANDA, Sara Barbosa. Princípio da primazia da resolução do mérito em grau recursal. In: *Anais do Congresso de Processo Civil Internacional*. 2018. p. 429-440.).

3 MODELOS DE COMPLEMENTO CIVIL AO PROCESSO PENAL: APLICAÇÃO EXPRESSA, SUBSIDIÁRIA, SUPLETIVA E RESIDUAL

No plano do Direito Processual Penal, o artigo 3º do Código de Processo Penal (CPP) – “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” – permite que o ramo faça uso de fontes indiretas²¹, isto é, fontes que não sejam oriundas do direito positivo.

Por sua vez o atual artigo 15 do Código de Processo Civil prescreve: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

A ausência de menção expressa da subsidiariedade do civil ao penal importa investigar se as regras do Código de Processo Civil de 2015 são aplicáveis aos processos penais de forma complementar, para que se possa responder se o regime jurídico dos recursos processuais cíveis pode ser aplicado aos recursos processuais penais.

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência é sustentável a força aplicativa do Código de Processo Civil sobre o Código de Processo Penal²². Há que se falar em modelos de aplicação: expressa, supletiva, subsidiária e residual, não se limitando à construção semântica dos termos.

Pelo objeto do presente estudo, serão excluídas a análise das hipóteses de aplicação expressa – modelo em que há menção direta da utilização dos artigos do CPC no próprio CPP –, mesmo que limitadas, como é a modalidade de citação por hora certa, prevista no artigo 362 do Código de Processo Penal²³.

Já quanto às demais, importa esclarecê-las ponto a ponto. Para Francisco José Motta e Rafael Tomaz Oliveira,

Há uma diferença técnica importante entre o CPC ser supletivo e subsidiário a outras leis. Quando uma lei é simplesmente omissa em relação a uma situação concreta, é preciso suprir essa lacuna normativa por meio da utilização supletiva de outra lei. Já quando existe texto normativo para o caso, mas sua aplicação não conduz a um resultado adequado, pode-se falar em subsidiariedade.²⁴

Embora o citado artigo 15 do CPC não mencione expressamente a aplicação complementar das normas de direito processual civil às lacunas deixadas pelo direito processual penal, não há dúvida de que o artigo “reconhece a existência, no processo brasileiro, com suas diversas áreas específicas,

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, volume 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 220.

²² Conforme Enunciado 3º da I Jornada de Direito Processual Civil do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal: “As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.”

²³ Artigo 362 do CPP: “Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos [arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil](#).”

²⁴ MOTTA, Francisco José; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Art. 15. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 65-66.

de um sistema normativo geral, supletivo e subsidiário, representado pelo Código de Processo Civil”²⁵.

Nessa mesma ordem, é possível afirmar que o rol disposto no artigo 15 do CPC é meramente exemplificativo, e não taxativo, conforme Laís Menna Barreto de Azevedo Silveira:

Da leitura do artigo, percebe-se que não há menção aos processos penais, o que trouxe duas correntes sobre a sua possibilidade de aplicação: a primeira determina que o rol trazido pelo CPC é exemplificativo, o que permite o acréscimo dos processos penais às possibilidades de aplicação analógica; a segunda, por sua vez, defende a taxatividade do rol, excluindo os processos penais e determinando o preenchimento de suas possíveis lacunas com a aplicação do Código de Processo Penal Militar. Prevalece, no entanto, o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, permitindo o preenchimento de lacunas ou complementação do CPP com os dispositivos do CPC²⁶.

Porém, a aplicação do CPC aos demais processos tencionados a resolver litígios alheios à seara cível não é indiscriminada.

Nesse sentido, para Hermes Zaneti Júnior, a incidência das normas do CPC sofre contenções próprias de cada sistema normativo que possua suas condicionantes alicerçadas no direito material respectivo:

A aplicação do CPC aos demais processos depende, contudo, de um duplo filtro de adaptação: a) as normas do CPC não podem estar em conflito com os princípios e a lógica próprias do direito processual que será completado; b) há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC. Assim, preservação dos sistemas paralelos (*polissistema*) e conformação constitucional (*constitucionalização*) são postulados de aplicação subsidiária e supletiva do CPC aos outros ordenamentos processuais.²⁷

A adaptação das normas processuais civis às normas processuais penais deve obedecer aos limites lógicos e principiológicos da legislação receptora, impondo cautela ao aplicador para que não faça uso inapropriado da aplicação analógica sob pena de se substituir a regra vigente e suficiente do CPP pela regra do CPC²⁸.

A aplicação análoga ou analógica do CPC ao Direito Processual Penal só é admissível nas ocasiões em que a legislação penal e processual penal omitir-se de disciplinar determinado ato processual, ou fazê-lo de forma incompleta, a ponto de se vislumbrar algum tipo de margem hermenêutica ou lacuna para atuação do intérprete. De outra forma, inadmissível será produzir analogia sobre temáticas expressamente consolidadas no CPP, ainda que se entrem com *lex nova* do CPC.

A aplicação analógica do CPC ao CPP se subdivide em supletiva e subsidiária. A diferença entre ambas é sutil, como já visto. A aplicação supletiva busca preencher as lacunas totais deixadas pelo Código de Processo Penal. Exemplo disso é o procedimento dos recursos especial e extraordinário, uma vez

²⁵ NUNES, Dierle; CARVALHO, Mayara de. Capítulo II: Da aplicação das normas processuais, *In*: TUCCI, Rogério C. e. [et. al.]. *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. p. 231.

²⁶ AZEVEDO, Laís Menna Barreto de Azevedo. Aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo penal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-29/lais-silveira-aplicacao-cpc-processo-penal>>. Acesso em: 14. dez. 2022.

²⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 5. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 414.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 78.

que o legislador nada mencionou a respeito do recurso especial, tendo apenas se limitado a eliminar o efeito suspensivo do recurso extraordinário (artigo 637, CPP)²⁹. No âmbito dos recursos aos Tribunais Superiores, há ausência quase que completa de regras processuais, sendo necessário *suplementar* o CPP com legislações extravagantes.

Por sua vez, a aplicação subsidiária por vezes se dá mesmo quando existindo subsunção entre norma e fato, mas com inadequação no resultado pretendido³⁰, como nos casos em que a aplicação da lei não traduz constitucionalmente o objetivo final do aplicador³¹. A aplicação subsidiária preenche lacunas parciais, e promove integração entre regras dissonantes ou convergentes, embora limitadas, conforme explicam Michelle Ângela Zanatta, Victoria Faria Barbiero e Gabriel Antinolfi Divan:

Ao que diz respeito à aplicabilidade da legislação processual civil ao Código de Processo Penal, entende-se pela sua aplicação de forma subsidiária e supletiva. Aquela consiste na integração da legislação subsidiária na legislação principal, de modo a preencher os claros e as lacunas da lei principal. Esta também denominada complementar dá-se quando uma lei completa a outra, atribuindo-lhe um sentido geral. Há também a aplicação residual que se refere a aplicação do CPC quanto ao respeito à lógica e princípios próprios dos demais sistemas.³²

A existência da aplicação residual, como a integração da legislação subsidiária na legislação principal, a fim de preencher as lacunas disponíveis, deve respeitar a irretroatividade da lei penal mais nova, não se aplicando precedentes (como norma jurídica) in malam partem para fatos criminosos praticados antes da fixação do julgado³³.

A aplicação analógica-supletiva é, portanto, a mais importante, justamente por ser a mais utilizável quando há detecção de lacuna.

Um exemplo de aplicação supletiva das regras do CPC ao CPP é a formalização de renúncia de mandato. O artigo 265 do CPP dispõe: “O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente ao juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis”. Em outras palavras, há previsão de oportunidade e repressão por sanção em caso de “abandono de processo”, mas o legislador processual penal não se delongou sobre o tema, que, por sua vez, está disciplinado no CPC, especialmente nos parágrafos do artigo 112, os

²⁹ De certa forma, pela atual redação do artigo 638, reformada por ocasião da vigência do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019), o Código de Processo Penal determina expressamente que o rito dos recursos excepcionais siga aquilo já preconizado em outras normas: “O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos.”

³⁰ RAMOS, Mário de Godoy. *A aplicabilidade do código de processo civil no processo administrativo tributário estadual*. 2022. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2022.

³¹ Por não ser objeto deste estudo, não se farão comentários a respeito da viabilidade, ou não, de se deixar de aplicar norma válida e vigente a pretexto de se desviar do resultado natural a que pretendeu o legislador, pela existência de possibilidades melhores. Mas é fato que, nas ciências criminais, e mais precisamente no direito processual penal, a legalidade estrita e a impossibilidade de contornar a força normativa dos dispositivos legislados é matéria de segurança jurídica.

³² ZANATTA, Michelle Ângela; BARBIERO, Victoria Faria; DIVAN, Gabriel Antinolfi. Da aplicação de precedentes judiciais na esfera processual penal. In: *Anais [recurso eletrônico]: sistema penal e violência* / organizadores Aury Lopes Jr ... [et al.]. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018. Recurso on-line (1280 p.).

³³ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Cit. p. 415.

quais regram o tempo de continuidade de representação após a renúncia ao mandato e a dispensa de comunicação da renúncia ao outorgante se este possuir outros procuradores habilitados nos mesmos autos. Tal regra é supletivamente aplicável ao Direito Processual Penal³⁴.

Portanto, o Direito Processual Penal pode receber aplicação expressa, subsidiária, supletiva ou residual das regras do Código de Processo Civil, naquilo em que for omissivo ou naquilo em que houver lacunas parciais entre suas próprias normas. Nestes casos, o Direito Processual Civil pode ser usado para preenchê-las ou integrá-las, mais usualmente por meio da aplicação supletiva, respeitando-se as diretrizes do sistema próprio do processo penal.

Conforme se verá no tópico seguinte, a lógica é a mesma no regime dos recursos processuais penais: onde o CPP se omite ou se obscurece, o CPC vem ao seu auxílio para sanar as imprecisões.

4 O SANEAMENTO DE VÍCIOS NOS RECURSOS PROCESSUAIS PENAIS POR MEIO DA SUPLEMENTAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL CIVIL

Tomadas as considerações anteriores, que detalharam o parágrafo único do artigo 932 do CPC e dispuseram ser a norma processual civil aplicável supletivamente aos fatos processuais penais, o presente tópico procura examinar as premissas anteriores para verificar especificamente a possibilidade de saneamento dos vícios processuais penais por meio da aplicação de regras processuais civis, com enfoque na do parágrafo único do artigo 932 do CPC.

Com a ausência de norma semelhante no Código de Processo Penal, a aplicabilidade do artigo 932, parágrafo único, do CPC, sobre o processo penal em trâmite não atrai nenhuma divergência. Com efeito, havendo vício sanável em recurso interposto, deve o relator intimar a parte recorrente para que elimine o defeito.

O saneamento de vícios, nos recursos processuais penais, tem especial condição na medida em que o Estado Democrático de Direito exige a efetividade substancial dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição da República, com destaque para a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido, pode-se assegurar o direito (fundamental) ao recurso no processo penal, a fim de que as matérias apreciadas pelo juízo singular originário sejam revisadas por outro órgão judicial

³⁴ Eugênio Pacelli e Douglas Fischer explicam que o modo de renúncia deve seguir o prescrito no artigo 34 do Estatuto da Advocacia, norma de cunho cível que se identifica com o parágrafo primeiro do artigo 112 do CPC, demonstrando a complementariedade da norma processual civil àquela de teor penal: “(...) a retirada do advogado do processo – que não significa, em princípio, o *abandono* – pode ser justificada pelas razões pessoais e profissionais a que já fizemos referência, sem a imposição de quaisquer sanções. A renúncia ao mandato, que deve ser justificada, impõe ao advogado o dever de comunicar seu afastamento à parte e ao juiz, e de permanecer no processo pelo prazo de dez dias, até que seja feita a sua substituição (art. 34, XI, Lei nº 8.906/94)”. (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 1477.).

(Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal). Com isso, pode-se realizar a confirmação ou a reforma da decisão recorrida.

Conforme Vinicius Gomes de Vasconcellos, o direito ao recurso no processo penal decorre tanto da Constituição da República quanto de Tratados de Direitos Humanos, sendo a sua afirmação juridicamente relevante na medida em que instaura uma revisão ampla e profunda sobre a sentença penal, o que inclui questões de direito e de fato, e autoriza o reexame do mérito e do lastro probatório que embasaram a formação da culpa do acusado:

(...) o direito ao recurso é elemento essencial da dogmática processual penal porque foi reconhecido e, portanto, é imposto aos ordenamentos nacionais pelos diplomas internacionais de direitos humanos, como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP, art. 14.5), na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.2.h) e na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 2º, prot. adic. 07). Considerando que o Brasil é signatário dos dois primeiros diplomas e assumindo-se a posição doutrinária que sustenta o status constitucional dos direitos neles previstos, pode-se afirmar que há um direito fundamental ao recurso no processo penal brasileiro que deve ser assegurado aos imputados, buscando-se a conformidade constitucional e convencional da legislação criminal pátria.³⁵

A importância do conhecimento pleno do recurso processual penal alcança estreita conexão com a regra do artigo 932, parágrafo único, do CPC, pois o saneamento de vícios que poderiam inviabilizar o julgamento da impugnação da decisão judicial aperfeiçoa as garantias fundamentais ao duplo grau de jurisdição e à ampla defesa, bem como possibilita a aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito também no Direito Processual Penal.

A relevância do artigo 932, parágrafo único, do CPC, pode ser demonstrada com exemplos relacionados aos recursos em espécie.

4.1 Saneando os recursos penais em espécie

A propósito deste trabalho, não serão estendidos às ações autônomas de impugnação (*habeas corpus*, revisão criminal) o conceito de “recurso”, embora o CPP assim o faça de maneira topográfica³⁶. Para tanto, opta-se pela análise dos seguintes meios de impugnação da decisão judicial em sede de processo penal: recurso em sentido estrito, apelação, embargos de declaração, embargos infringentes e de nulidade, recurso especial, recurso extraordinário e agravos.

Exemplo inicial da conveniência e oportunidade da aplicação do artigo 932, parágrafo único, do CPC, pode se dar no recurso em sentido estrito (RESE). Tal meio recursal é delimitado às vinte e cinco possibilidades elencadas no artigo 581 do Código de Processo Penal. Um RESE pode estar viciado quando a parte recorrente ofertar as razões recursais fora do prazo legal de dois dias corridos após a intimação para que as apresentem (artigo 588 do CPP), e deixa de comprovar que a transgressão ao prazo

³⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 332.

³⁶ MARQUES, José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. vol. IV. p. 379.

formal se deu em decorrência de feriado local não contabilizado pelo sistema do tribunal, ou por motivo de força maior que inabilitou o único advogado constituído para representar a parte³⁷. O juízo de primeiro grau pode presumir ou conhecer *ex officio* da existência do feriado local, mas não a instância superior. Assim, antes de denegar o RESE por intempestividade, deve o relator do recurso intimar a parte recorrente para que comprove a causa que a impediu de protocolar a peça judicial no lapso temporal devido, com a juntada dos documentos comprobatórios do impeditivo.

Igualmente, a apelação criminal se beneficia da aplicação do artigo 932, parágrafo único, do CPC. Hipótese de sanação de vício seria o caso de a parte recorrente mencionar no curso de suas razões documento superveniente à sentença condenatória que reforça temática da defesa do apelante já mencionada na fase instrutória. Veja-se que neste caso a parte faria uso do artigo 231 do CPP³⁸, mas não o exerceria fielmente ao deixar de juntar o documento pontuado nas razões³⁹. Logo, para que o juízo recursal possar definitivamente apreciar a tese suscitada, mister que a parte complemente o recurso com a juntada do documento por ela mencionado. Tal expediente pode ser feito com incurso no artigo 932, parágrafo único, do CPC.

No caso dos embargos de declaração, em princípio, deve-se ressaltar que a aplicabilidade do artigo 932, parágrafo único, do CPC somente poderia se dar em sede de recurso já interposto, uma vez que tal regra se refere a incumbências do relator, não sendo o juízo de primeiro grau relator propriamente dito. Com efeito, apenas caberia sanar eventuais embargos declaratórios viciados quando eles forem opostos contra acórdão proferido por órgão colegiado, que se fracione em um relator ou em relator e revisor. De toda forma, além da hipótese de intempestividade já anunciado anteriormente ao RESE, também é cabível nos embargos declaratórios, quando eles forem fundados na eventual omissão do julgador e possuírem obscuramente em sua redação argumento que poderia ser compreendido como proposição de erro material. Nesta hipótese, cabe ao relator intimar a parte embargante para que complementar seu recurso. O embargante seria intimado para que melhor redigisse as razões do seu recurso, para que a omissão alvejada não mais fosse confundida com erro material, a fim de viabilizar a prestação jurisdicional.

Nesse sentido, explicam Flávio Cheim Jorge e Thiago Ferreira Siqueira:

Nesses casos, é importante distinguir situações de deficiência e de ausência de fundamentação. Pode-se dizer que a fundamentação é deficiente quando, a despeito de existir, não permite adequada compreensão daquilo que se pretende, ou não transmite ao julgador qual seria, exatamente, o *error in procedendo* ou *in judicando* que se imputa à decisão. Nessas situações, então, parece-nos que se deva aplicar o art. 932, parágrafo único,

³⁷ Imperioso que, nestes casos, faça-se menção ao ocorrido – tanto o feriado local quanto a condição do mandatário.

³⁸ Antonio Magalhães Gomes Filho comenta que o referido dispositivo dá ampla margem probatória às partes e até ao juízo, exceto nos casos vedados expressamente em lei, embora nenhum deles se estabeleça por ocasião de recursos: “O Código de Processo Penal não estabelece um momento procedimental para a proposição da prova documental; ao contrário, a disposição examinada assegura às partes o direito de juntar documentos a qualquer momento. É evidente, no entanto, que deve ser assegurada à parte contrária, em seguida, a possibilidade de manifestação sobre a prova produzida. O mesmo deve ser dito quando o juiz, de ofício, determina a juntada de algum documento aos autos.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Comentário. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de Processo Penal comentado* [livro digital]. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.).

³⁹ Artigo 231 do CPP: “Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.”

do CPC/2015, de modo que possa o recorrente aperfeiçoar a motivação de seu recurso. O quando é diverso, porém, quando se está diante da total ausência de fundamentação, relativamente a toda a decisão ou a um de seus capítulos. Isto é: quando se trata de situação em que o recorrente não diligenciou no sentido de apontar, sequer minimamente, qualquer vício processual ou de julgamento na decisão recorrida. Nesses casos, não se deve oportunizar ao recorrente que, posteriormente, venha a declinar os fundamentos de seu recurso, o que resultaria, em última análise, na concessão de prazo recursal maior do que aquele previsto na legislação.⁴⁰

Não muito diverso é o cenário dos outros embargos (infringentes e de nulidade), que se tratam mais propriamente de uma segunda apelação arregimentada no voto discordante do colegiado judicial – ou até em um segundo RESE⁴¹. Por conseguinte, tais recursos se beneficiam das mesmas ocasiões que cercam tanto a apelação criminal quanto o recurso em sentido estrito, motivo pelo qual se aplica o mesmo raciocínio utilizado quando da abordagem dos recursos anteriores.

Ainda, no caso do recurso especial, do recurso extraordinário e dos agravos respectivos (interno, regimental, agravo em recurso), a legislação processual penal aponta expressamente para o Código de Processo Civil, traduzindo aplicação subsidiária em regra, conforme prevê o artigo 638 do Código de Processo Penal⁴²: “O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos”. Por consequência, o que é válido aos recursos excepcionais de natureza cível, também será aplicado aos recursos excepcionais de natureza criminal⁴³, inclusive as regras de relatoria e sanação de vícios quando do juízo de admissibilidade recursal.

4.2 O problema dos recursos tempestivos, mas sem comprovação de feriado local. Viabilidade do saneamento bloqueada pelos tribunais superiores

Situação perfeitamente adequada ao saneamento recursal é aquela que inicialmente infringe o parágrafo sexto do artigo 1.003 do CPC: “O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso”.

Sendo o recurso tempestivo e interposto no dia derradeiro do prazo, cabe à parte recorrente comprovar que não houve transgressão ao prazo em virtude de feriado local não conhecido de plano pelo tribunal ad quem. Por exemplo: o prazo para interposição de recurso especial venceria numa

⁴⁰ *Ibidem*, p. 147-171.

⁴¹ De acordo com Gustavo Henrique Badaró: “Para minimizar chance de erro, que não se sabe se está do lado da maioria ou da minoria – embora seja mais lógico pensar que este é o voto equivocados – os embargos infringentes permitem a ampliação da composição da turma julgadora, criando condições para que possa prevalecer o voto divergente, caso este realmente seja o mais acertado, na opinião dos demais julgadores que passarão a integrar o colegiado”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 280.).

⁴² Redação dada pela Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

⁴³ “Os recursos aos tribunais superiores (STF e STJ) não dispõem de regulamentação própria no Código de Processo Penal. A nova Lei alterou o art. 638 do CPP para fazer expressa remissão às normas que tratam desses instrumentos. Atualmente, a disciplina do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial está concentrada nos arts. 1.029 a 1.035 do Código de Processo Civil. Por sua vez, os regimentos internos também estabelecem parâmetros para a tramitação desses recursos (vide arts. 321 a 329 do Regimento Interno do STF e arts. 255 a 257-E do Regimento Interno do STJ)”. (ASSUMPTÃO, Vinícius. *Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 136.).

sexta-feira, mas naquela exata sexta-feira havia feriado estadual, que prorrogou o vencimento do prazo para a segunda-feira seguinte. Ainda que ciente da data festiva, o tribunal local não admite o recurso por intempestividade, por não ter a parte juntado documento comprobatório de suspensão do prazo.

Ocorre que o recurso é tempestivo, no plano da realidade, restando carente tão somente de comprovação documental a respeito do feriado local, que pode ser facilmente suprida pela ativação do saneamento do parágrafo único do artigo 932 do CPC. Se se considerar que o recurso especial é endereçado ao tribunal local, por si conhecedor dos feriados também locais⁴⁴, mais viável ainda se pode considerar o saneamento de vício aparente, neste caso, considerando que o recurso especial tem relevância reconhecidamente constitucional a partir da Emenda Constitucional nº 125 de 2022⁴⁵.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, firmou entendimento no sentido de que é insanável a não comprovação de feriado local no ato da interposição do recurso especial, conforme o julgamento, pela Corte Especial, do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.481.81: “é indispensável a comprovação da existência de todos os feriados locais no ato de interposição de recursos dirigidos ao STJ”⁴⁶.

O STJ não distinguiu entre recursos especiais cíveis e penais, e, portanto, entende ser intempestivo o recurso especial desmuniado de comprovação de feriado local, quanto interposto em data divergente, reduzindo o escopo do direito recursal da parte que visa impugnar o acórdão proferido.

Na mesma linha sofreria restrição o recurso de apelação tempestivo, mas ausente de comprovação de feriado local. Veja-se que, a teor do artigo 392, inciso dois, do CPP, pode o juízo prolator da sentença penal condenatória intimar tão somente o advogado constituído, quando solto o sentenciado, que terá prazo exíguo de cinco dias para a interposição do recurso. Caso o faça na data limítrofe do feriado local e não comprove a festividade, e a preponderar a jurisprudência do STJ, o jurisdicionado perderá direito ao duplo grau de jurisdição por meio do mais amplo recurso disponível – recurso esse que preenche todos os requisitos de amplitude de defesa⁴⁷.

Não se vislumbra óbice no saneamento de tal vício, porém, que deve ser praticado pelo magistrado relator do recurso, ou ainda, pelo magistrado responsável, no tribunal local, da admissibilidade do recurso excepcional protocolado pela parte recorrente, considerando a importância de se julgar, no mérito, os recursos oriundos de sentenças penais condenatórias, ao invés de se impedir o grau recursal com obstáculos que não favorecem os direitos fundamentais do jurisdicionado.

Portanto, o regime jurídico dos recursos processuais penais valida a subsunção subsidiária do artigo 932, parágrafo único, do CPC, nas situações de vícios sanáveis que os envolvem e ensejam a aplicabilidade da referida regra processual, muito embora os tribunais ainda restrinjam sua

⁴⁴ Estes estipulados em atos normativos dos próprios tribunais, antes do início do ano judiciário.

⁴⁵ A partir da referida emenda, presumem-se relevantes os recursos especiais que versarem, dentre outros assuntos, litígios formados por ações penais, desincumbindo-se à parte recorrente a comprovação da importância da causa.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.481.81. Relatora: Nancy Andrighi - Corte Especial. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 20 ago. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900804518&dt_publicacao=20/08/2021. Acesso em: 29 maio 2023.

⁴⁷ CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda. *Duplo grau de jurisdição como norma convencional: uma proposta de conformação do direito ao recurso no processo penal brasileiro*. 2021. 158 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

aplicabilidade supletiva em questões de simples execução. Trata-se de uma inovação no Direito Processual Civil que deve ser estendida ao Direito Processual Penal na medida em que o saneamento recursal aprimora a garantia fundamental à ampla defesa.

5 CONCLUSÕES

O Código de Processo Civil de 2015 instituiu regra que incentiva a prestação jurisdicional em grau recursal, especialmente quando o recurso oposto ou interposto configurar vício sanável em prazo legal.

Tal regra socorre o recorrente pode ser aplicada aos recursos processuais penais, dado que o Código de Processo Penal legitima a inserção de normas processuais civis para suprir lacunas deixadas pelo legislador processual penal originário. Para tanto, foram analisadas as possibilidades de aplicação da norma processual civil (expressa, subsidiária, supletiva e residual). Explicitados seus conceitos, destacou-se a aplicação supletiva.

Dissertou-se sobre a importância dos recursos processuais penais na consecução da garantia ao duplo grau de jurisdição e à ampla defesa, que se realizam formal e materialmente com o saneamento de vícios que impedem o conhecimento do mérito recursal.

Em se tratando de recursos, o Código de Processo Penal não versa sobre a possibilidade do relator sanar vícios recursais, motivo pelo qual entende-se ser necessária a aplicação supletiva ou suplementar do artigo 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil, aos recursos processuais penais que puderem ter seus vícios sanados, nos mesmos moldes do ocorrido na seara cível.

Para demonstrar a aplicabilidade da norma processual civil de sanção de vícios recursais no juízo de admissibilidade no foro criminal, foram verificadas hipóteses de vícios cabíveis aos recursos penais em espécie, tais como o recurso em sentido estrito, a apelação ordinária e os embargos de declaração e de infringência.

Conclui-se, também, que os recursos excepcionais, tais como o recurso especial e o recurso extraordinário, são amplamente regidos pelo Código de Processo Civil, por indicação expressa do estatuto processual penal (aplicação expressa), sendo seguro inferir que a possibilidade de saneamento dos recursos excepcionais de caráter cível também se estende aos recursos excepcionais de caráter penal, ainda que a jurisprudência atual venha bloqueando o saneamento de hipóteses recursas em razão da não comprovação de feriado local, quando expressamente exigido à apreciação da tempestividade do recurso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSUMPÇÃO, Vinícius. *Pacote anticrime*. comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

AZEVEDO, Laís Menna Barreto de Azevedo. *Aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-29/lais-silveira-aplicacao-cpc-processo-penal>>. Acesso em: 14. dez. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso; ZAMPAR JUNIOR, José Américo. A aplicação do § 3º do art. 1.029 do CPC/2015: vício grave e a admissibilidade dos recursos excepcionais. *Revista de Processo*, v. 285, p. 319-340, 2018.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. XX.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.481.81**. Relatora: Nancy Andrighi - Corte Especial. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 20 ago. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900804518&dt_publicacao=20/08/2021. Acesso em: 29 maio 2023.

CARVALHO, Walméa Elyze; MIRANDA, Sara Barbosa. **Princípio da primazia da resolução do mérito em grau recursal**. In: *Anais do Congresso de Processo Civil Internacional*. 2018.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda. *Duplo grau de jurisdição como norma convencional: uma proposta de conformação do direito ao recurso no processo penal brasileiro*. 2021. 158 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

SANTOS, Gabriel do Val. *Possibilidade de correção de vícios dos recursos no sistema do Código de Processo Civil de 2015*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Comentário. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de Processo Penal comentado [livro digital]*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JORGE, Flávio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A correção dos requisitos de admissibilidade dos recursos no CPC/2015. *Revista Brasileira da Advocacia*. vol. 5. ano 2. p. 147-171. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARQUES, José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. vol. IV.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MOTTA, Francisco José; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Art. 15. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUNES, Dierle; CARVALHO, Mayara de. Capítulo II: Da aplicação das normas processuais, In: TUCCI, Rogério C. e. [et. al.]. *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

RAMOS, Mário de Godoy. *A aplicabilidade do código de processo civil no processo administrativo tributário estadual*. 2022. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, volume 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no processo penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ZANATTA, Michelle Ângela; BARBIERO, Victoria Faria; DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Da aplicação de precedentes judiciais na esfera processual penal*. Anais [recurso eletrônico]: sistema penal e violência / organizadores Aury Lopes Jr ... [et al.]. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018. Recurso online (1280 p.).

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 5. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DESUMANO, DEMASIADO DESUMANO: ADOECIMENTAL MENTAL DOS TRABALHADORES
ROTULADORES DE DADOS DO CHATGPT¹

INHUMAN, ALL-TOO-INHUMAN: MENTAL ILLNESS OF CHATGPT DATA TAGGERS

Jessy Borges Ferracioli²

Samia Cirino³

“Você deve tornar-se senhor de si mesmo, senhor também de suas próprias virtudes. [...] Você deve apreender a injustiça necessária de todo pró e contra, a injustiça como indissociável da vida, a própria vida como condicionada pela perspectiva e sua injustiça. Você deve sobretudo ver com seus olhos onde a injustiça é maior: ali onde a vida se desenvolveu ao mínimo, do modo mais estreito, carente incipiente, e no entanto não pode deixar de se considerar fim e medida das coisas e em nome de sua preservação despedaçar e questionar o que for mais elevado, maior e mais rico, secreta e mesquinamente, incessantemente. (Friedrich Nietzsche. Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres. p. 8).

Resumo: O artigo analisa o trabalho executado pelos rotuladores de dados (*data taggers*) na plataforma ChatGPT, criada pela empresa OpenAI, com o objetivo de verificar o potencial de adoecimento mental desses trabalhadores que integram a nova morfologia do trabalho no Capitalismo 4.0. A pesquisa desse tema é relevante em razão de o conteúdo do trabalho dos rotuladores envolver a transcrição de dados com teor de diversas formas de violência física e mental. Além do conteúdo do próprio trabalho, as novas formas de gestão e exploração do trabalho humano, viabilizadas pelas tecnologias da informação e do conhecimento (TIC), também podem contribuir para o sofrimento desses trabalhadores. Com esse escopo, o artigo realiza uma breve retrospectiva das fases e respectivas ideologias do capitalismo, de modo a compreender as transformações que viabilizaram a nova morfologia do trabalho no capitalismo da Era Digital. Entendido esse contexto, descreve o modo de exploração do trabalho realizado pelos rotuladores no intuito de testar a hipótese, qual seja, se os *taggers* compõem o denominado precariado digital com potencial deletério da saúde do trabalhador. Verificadas essas características, por meio de revisão bibliográfica, essa forma de trabalho é analisada à luz da Psicodinâmica do Trabalho a fim de compreender o processo de sofrimento no trabalho dos *taggers*

¹ Recebido em 30/10/2023 e aprovado em 21/01/2024.

² Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná (2014), com especialização em Processo Civil, Direito Civil e do Consumidor pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC (2019). Foi aluna especial do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL (2020-2021) e aluna regular do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedades e Tecnologia da Escola de Direito das Faculdades Londrina (2022-2024). Atua como advogada nas áreas de Direito Civil, Processo Civil e Direito Administrativo. É pesquisadora em Direito do Trabalho, Vulnerabilidades Sociais, Direitos Humanos e Inteligência Artificial, sendo membra do Núcleo de Inteligência Artificial e Raça da Lawgorithm.

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) na linha de pesquisa Direitos Humanos e Democracia. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Assistente Jurídico no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (TRTPR). Professora no Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Londrina e na Graduação em Direito das disciplinas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho das Faculdades Londrina. Atua principalmente nas áreas de Direito do Trabalho e novas tecnologias, Feminismos e Relações de Gênero, integrando Grupos de Pesquisa sobre o tema como Professora Pesquisadora na Universidade Estadual de Londrina (LED - UEL), Universidade Federal Fluminense (SDD - UFF) e Faculdades Londrina.

capaz de desencadear o adoecimento mental. Os resultados confirmam o potencial lesivo para a saúde mental desses trabalhadores, seja em razão da precariedade insita à forma de exploração desse trabalho, inviabilizadora do reconhecimento da contribuição social do trabalho, seja pela total ausência de medidas de saúde e medicina no trabalho. Conclui que, no contexto do capitalismo da Era Digital, os *data taggers* se somam ao grande contingente de trabalhadores adoecidos em razão do trabalho, permitindo refletir sobre o custo social das novas formas de trabalho humano exploradas pelas *Big Techs*.

Palavras-chave: ChatGPT; rotuladores de dados; adoecimento mental; precarização; morfologia do trabalho.

Abstract: The article analyzes the work executed by data taggers on the ChatGPT platform, created by the company OpenAI, to verify the potential for mental illness of these workers who are part of the new morphology of work in Capitalism 4.0. The research on this issue is relevant because the content of the taggers' work involves the transcription of data containing various forms of physical and mental violence. In addition to the content of the work itself, new forms of management and exploitation of human work, made possible by information and knowledge technologies (ICT), can also contribute to the suffering of these workers. With this scope, the article realizes a succinct retrospective of the phases and respective ideologies of capitalism, in order to understand the transformations that enabled the new morphology of work in the Digital Era. Once this context is understood, it describes the way in which the work realized by taggers is explored in order to test the hypothesis, that is, whether taggers are part of the digital precariat with potentially harmful effects on workers' health. Once these characteristics have been verified, through a bibliographical review, this form of work is analyzed according to Psychodynamics of Work in order to understand the process of suffering in tagger's work capable of causing mental illness. The results confirm the harmful potential for the mental health of these workers due to the precariousness inherent to the way this work is exploited, making it impossible to recognize the social contribution of work, as well as due to the total absence of health and medical measures at work. It concludes that, in the context of Digital Era capitalism, data taggers add to the large contingent of workers who suffer from work-related illnesses, allowing us to reflect on the social cost of new forms of human labor exploited by Big Techs.

Keywords: ChatGPT; data taggers; mental illness; precarity; morphology of work.

Sumário: Introdução. 1 As transformações da exploração do trabalho humano no capitalismo e seu ápice na Era digital. 2 Força de trabalho oculta: os trabalhadores que rotulam dados da plataforma ChatGPT. 3 A nova morfologia do trabalho: precarização e sofrimento mental. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Uma nova plataforma de Inteligência Artificial (IA) tem chamado atenção nas mídias principalmente diante do seu potencial de realizar tarefas complexas, simulando o diálogo humano. Trata-se da plataforma digital *ChatGPT*, disponibilizada em 2022 pela empresa *OpenAI*. Se por um lado, há um clamor nas mídias sobre o potencial transformador na escrita de textos e soluções de atividades, ou, ainda, sobre o impacto e, até mesmo, substituição de algumas profissões, como a de advogadas e advogados, por outro lado, nos bastidores dessa plataforma tecnológica, há uma preocupação mais grave. O problema em questão refere-

se ao trabalho das pessoas que realizam a análise de dados dessa IA, denominados *data taggers* ou rotuladores de dados.

Um dos aspectos dessa profissão, que justifica a pesquisa do tema, deve-se ao fato de que o trabalho executado pelos *taggers* consiste na transcrição de inúmeros conteúdos ou dados, os quais podem conter discurso de ódio, abuso sexual e outras formas de violência física e mental. A partir disso, a discussão sobre o adoecimento mental desses trabalhadores é inevitável, como será demonstrado e fundamentado no decorrer do presente artigo.

A escolha de análise específica da plataforma *ChatGPT*, criada pela *OpenAI*, decorre do fato de ser uma das primeiras empresas a introduzir no mercado de trabalho a atividade conhecida como rotuladores de dados, além de ser a atual referência mundial na inserção de simulação de diálogo humano. Diante disso, a atividade explorada pela referida empresa permite estabelecer a discussão entre Inteligência Artificial (IA) e trabalho, questão relevante, ante os alardes de fim do trabalho humano no capitalismo após a denominada Quarta Revolução Industrial ou Capitalismo Pós-Industrial. Exatamente em razão de discursos como este, ou seja, de deslocamento do trabalho humano como núcleo axiológico do capitalismo pela IA, a primeira parte do presente artigo, retoma, ainda que brevemente, as fases e respectivas ideologias do capitalismo. Intenta-se compreender as transformações que culminaram em uma nova morfologia do trabalho que se insere em um campo bastante fértil para o capitalismo, preparado décadas antes pelas políticas regressivas neoliberais, e que, ora, se expressa na intensificação da exploração e precarização do trabalho.

Nesse contexto, a pesquisa é justificada a partir do surgimento dessa nova forma de trabalho de rotulação de dados e que serve de sustentação para o sistema capitalista na Era Digital. É necessário averiguar a forma de exploração desse trabalho pelas *Big Techs* no intuito de compreender, inicialmente, se essa ocupação, apontada como uma das profissões do futuro, viabilizada pelo desenvolvimento das tecnologias da informação e do conhecimento (TIC), insere-se ao lado de tantas outras atividades laborais que surgem a partir do fenômeno da plataformização do trabalho, compondo o denominado precariado digital. Portanto, a descrição dessas atividades laborais, seguida da análise de seu conteúdo material, permitirá testar a hipótese de pesquisa, qual seja, se os rotuladores compõem o precariado digital, ou infoproletariado, como denomina Ricardo Antunes, com potencial deletério para a saúde mental desses trabalhadores ante a nova morfologia do trabalho no capitalismo da Era Digital.

Verificadas as características desse trabalho humano, que apontam para um potencial lesivo da saúde desses trabalhadores, os dados obtidos são analisados a partir da perspectiva da Psicodinâmica do Trabalho por ser a área da ciência especializada no estudo do sofrimento no trabalho. Com isso, intenta-se compreender os fatores deletérios da atividade dos rotuladores que comprometem a sua saúde mental e indicar alguns aspectos de regulamentação jurídica dessa ocupação. Ainda, as análises culminam na reflexão sobre o custo social dos trabalhos que surgem e são explorados no âmbito das *Big Techs*.

I AS TRANSFORMAÇÕES DA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO HUMANO NO CAPITALISMO E SEU ÁPICE NA ERA DIGITAL

Para poder analisar a exploração do trabalho humano no capitalismo da Era Digital, contexto no qual se inserem os rotuladores de dados, é necessário antes, ainda que brevemente, lembrar as fases e “espíritos do capitalismo”, como denominam Boltanski e Chiapello (2009). De início, é importante ressaltar que as fases do capitalismo e respectivos “espíritos” não coincidem, necessariamente, com as fases das Revoluções Industriais. Estas representam os marcos no desenvolvimento das forças produtivas do capital e que culminam em saltos qualitativos na capacidade produtiva e na organização do trabalho (Gonsales, 2020, p. 136).

Ainda, não se desconsidera que os contextos geo-históricos específicos, decorrentes dos processos de colonização e colonialismo, conferem contornos específicos de desenvolvimento econômico e social de acordo com o capitalismo tido como central (Europa e Estados Unidos) e o periférico. O que se intenta com essas descrições é contextualizar os aspectos gerais de exploração do trabalho humano no sistema capitalista de modo a permitir a análise das práticas da organização e exploração do trabalho na sociedade digital.

O termo “espíritos do capitalismo”, utilizado pelos mencionados autores (Boltanski; Chiapello, 2009), refere-se às ideologias que justificam o engajamento dos indivíduos no sistema capitalista em determinado período histórico e em determinada sociedade. O termo ideologia não é utilizado pelos autores no sentido redutor, ou seja, de discurso moralizador voltado a velar interesses materiais dos dominadores e garantir o consenso dos dominados. A ideologia é aqui trabalhada no sentido de “conjunto de crenças compartilhadas inscrita em instituições implicadas em ações e, portanto, ancoradas na realidade” (Boltanski; Chiapello, 2009, p. 34), de modo que se reconheça que a maioria dos participantes no processo apoia-se nos mesmos esquemas para representar o funcionamento, as vantagens e as servidões da ordem na qual estão inseridos.

Em uma primeira formulação desse espírito do capitalismo, a célebre obra *A Ética Protestante e o Espírito Capitalista*, de Max Weber (2012), auxilia a compreender seu surgimento e impacto na sociedade que se transformava intensamente. Nesse livro, Weber descreve a ética protestante como esfera produtora de sentido na condução da vida prática no momento de transição histórica marcada pela falência da sociedade feudal e o início de uma sociedade burguesa capitalista, especialmente entre os séculos XVII e XVIII. Nesse contexto histórico, a atividade econômica e o trabalho passaram a ser compreendidos como uma vocação, isto é, exercer a atividade econômica racionalizada e disciplinada representava o cumprimento de um plano divino, assim como a correlata subordinação daqueles que não detinham o poder econômico, ou seja, os trabalhadores. Contudo, em razão do enfraquecimento da justificativa religiosa, a partir da construção da tese da economia como uma esfera autônoma, a justificativa moral do capitalismo passou a ser a noção de bem-estar geral como progresso material; em outras palavras, o escopo precípua era – e continua a ser – o acúmulo incessante de capital.

Nesse viés, Boltanski e Chiapello (2009, p. 49) ressaltam que o primeiro espírito do capitalismo “tanto na ficção quanto nas ciências sociais propriamente ditas, centrava-se na pessoa do burguês empreendedor e na descrição dos valores burgueses”. Essas profundas mudanças na ordem econômica e social, segundo os autores:

(...) encarna-se na libertação, possibilitada pelo desenvolvimento dos meios de comunicação e do trabalho assalariado, o que permite que os jovens se emancipem das comunidades locais, da ligação à terra, do arraigamento familiar e das formas tradicionais de dependência pessoal. Em contrapartida, os elementos de segurança se configuram numa combinação entre disposições econômicas inovadoras e posicionamentos domésticos tradicionais. Avareza ou parcimônia, espírito poupador, tendência a racionalizar a vida cotidiana em todos os seus aspectos, desenvolvimento de habilidades contábeis, de cálculo e previsão, aliados com a importância atribuída à família, à linhagem, ao patrimônio, à castidade das moças para evitar casamentos desvantajosos e dilapidação do capital, e o caráter familiar ou patriarcal das relações mantidas com os empregados (Boltanski; Chiapello, 2009, p. 49).

No bojo desse processo, entre o final do século XVIII e início do século XIX, eclodiu a chamada primeira Revolução Industrial, que tem como principal marco a introdução da máquina a vapor no processo produtivo, com grande fomento de mercados como a indústria têxtil (Silva, 2007). O momento histórico em questão é marcado pela força de trabalho com salários ínfimos, priorizando-se a contratação de mulheres e crianças, jornadas extenuantes, sem quaisquer garantias sociais do trabalho. Esse momento marca a transição da produção por manufatura para a produção industrial, haja vista que há o incremento da produção humana pela introdução da maquinaria, alterando-se, completamente a forma de exploração do trabalho humano, pois, ora, o trabalhador se vê expropriado dos meios de produção.

No período anterior, pode-se dizer em uma espécie de gênese, o capitalismo concentrava a produção no sistema de manufatura, que consistia no trabalho produzido nas oficinas de artesãos, que forneciam aos auxiliares, ou aprendizes, as ferramentas de trabalho e a matéria prima, e também pagavam salários e ensinavam-lhes o ofício (Silva, 2007). Note-se que, nesse período, embora parcializado e padronizado, em certa medida, o trabalho era basicamente manual, de modo que não havia produção em grande escala. Ainda, o então artesão – hoje caracterizado na figura do empregado – era detentor dos meios de produção e do resultado do seu trabalho.

Em substituição a esse regime, o capitalismo industrial nascente permitiu a produção em maior escala – ainda que não se possa falar em produção em massa, viabilizada com o implemento de técnicas de organização científica do trabalho no início do século XX, especialmente com o fordismo e taylorismo. Esse novo sistema econômico e social estabelecido com o capitalismo industrial é caracterizado pelo trabalho assalariado (alienação do trabalho), perda dos meios de produção (expropriação) e perda da propriedade do resultado do próprio trabalho (estranhamento), eis que "o objeto produzido pelo trabalho, o seu produto, opõe-se a ele [trabalhador] como ser estranho, como um poder independente do produtor" (Marx, 2001, p. 112). Isso rompe com a lógica do trabalho humano, pois a realização do trabalho constitui simultaneamente a sua objetivação, isto é, "o produto do trabalho é o trabalho que se fixou num objeto, que se transformou em coisa física, é a objetivação do trabalho" (Marx, 2001, p. 112).

Conseqüentemente, os trabalhadores não conseguem ter uma vida fora do ciclo de alienação do trabalho e de subordinação, com objetificação do trabalho humano, isto é, o trabalho transformar-se em objeto, em mera força de trabalho vendida como mercadoria no mercado de trabalho em troca de um salário para subsistência. De outro lado, os capitalistas entram em um processo vicioso e insaciável de acúmulo de capital. Em outras palavras, o capitalismo passa a ser definido como uma “exigência de acumulação ilimitada do capital por meios formalmente pacíficos” (Boltanski; Chiapello, 2009, p. 35).

Ainda nessa fase do capitalismo industrial, a partir do final do século XX, os avanços tecnológicos viabilizaram a denominada Segunda Revolução Industrial, impulsionada, principalmente, pelo “desenvolvimento da eletricidade, do motor de combustão interna, de produtos químicos com base científica, da fundição eficiente de aço e pelo início das tecnologias de comunicação, com a difusão do telégrafo e a invenção do telefone” (Castells, 2020, p. 91).

Diante da intensa concentração de renda nesse período e conseqüente extrema pobreza da classe proletária, no final do século XIX e início do século XX, eclodiram movimentos sociais grevistas, reivindicando um mínimo de garantias do trabalho. Esse cenário fomentou o avanço de teorias e movimentos sociais que demandavam um modelo econômico e social mais equânime, a exemplo dos movimentos e teorias comunistas que ganharam força naquele momento. Nesse cenário, visando evitar uma revolução e o colapso do sistema capitalista, uma segunda caracterização do espírito do capitalismo tem pleno desenvolvimento, especialmente a partir da década de 1930, quando passam a ser usados pelos capitalistas alguns mecanismos assecuratórios de legitimidade, de modo a conter a insurreição da classe operária. Conforme explicam Boltanski e Chiapello (2009), esse segundo espírito do capitalismo visou à melhoria das condições de vida dos trabalhadores, ao aumento de seu poder aquisitivo (por meio da redistribuição dos ganhos de produtividade) e à instauração de dispositivos de garantias graças aos quais se constrói progressivamente o *Welfare State*, pautado na teoria econômica keynesiana.

A concepção de sociedade vigente nesse período apoiava-se na noção de justiça social, ou seja, de uma divisão mais ou menos equitativa da riqueza. Para tanto, o Estado detinha papel preponderante no sistema de regulação das relações econômicas. A partir daí, foram estabelecidas algumas compensações para os trabalhadores, dentre as quais, o fortalecimento da Previdência Social, como proposta de garantir aos trabalhadores um futuro tranquilo após uma vida de trabalho, e a consolidação de direitos sociais laborais, como jornada máxima, restrições ao trabalho do menor, férias etc.

Esse papel interventor do Estado, conforme a tese notabilizada por Habermas (2002, p. 69), foi imprescindível, não apenas para assegurar as condições gerais de reprodução do capitalismo, mas, igualmente, para regular o mercado e legitimar o sistema capitalista, como estratégia para manter o equilíbrio de classes. Nesse cenário, a ingerência do Estado na economia ganhou contornos mais expressivos, contudo, a autonomia de suas decisões ficou ainda mais comprometida devido à captura do Estado por interesses privados.

O segundo espírito do capitalismo que esteve presente entre os anos de 1930 e 1960, estava centrado “no desenvolvimento, no início do século XX, da grande empresa industrial centralizada e burocratizada fascinada pelo gigantismo, essa caracterização tem como figura heroica o diretor” (Boltanski;

Chiapello, 2009, p. 51). Sob esse prisma, a figura do diretor é sustentada pela vontade insaciável de ampliação de mercados que se dirige por meio da produção de massa fundada “em economias de escala, na padronização dos produtos, na organização racional do trabalho” (Boltanski; Chiapello, 2009, p. 51).

Dentro do período histórico em questão, mais especificamente próximo à década de 1950, é possível identificar a chamada Terceira Revolução Industrial caracterizada pelo desenvolvimento de tecnologias da informação e computação digital, ou seja, a capacidade de armazenar, processar e transmitir informações. Assim, embora as tecnologias da informação com base em microeletrônica já pudessem ser observadas nas décadas de 1940 e 1950, de fato, somente na década de 1970 “as novas tecnologias da informação difundiram-se amplamente, acelerando seu desenvolvimento sinérgico e convergindo para um novo paradigma” (Castell, p. 95, 2020). O desenvolvimento desses processos culminará, especialmente na década de 1990, no momento histórico que vivenciamos, ou seja, a Quarta Revolução Industrial.

Nesse interim, um cenário mundial de intensa crise econômica, como a crise do petróleo de 1973, inflação elevada, redução do lucro pela concessão de direitos trabalhistas e as restrições sociais da atividade econômica pela regulação estatal nas décadas anteriores, fomentou um discurso de reforma econômica e política, dando espaço para que o neoliberalismo ganhasse força, opondo-se às teorias keynesianas do Estado intervencionista. Nesse cenário de intensa crise mundial, a opção por implementar o programa neoliberal representou, na realidade, um projeto de reorganização e legitimação do capitalismo, bem como um projeto político de restabelecimento das condições da acumulação do capital e da restauração do poder das elites econômicas.

O neoliberalismo, conforme ensina David Harvey (2014, p. 30), teve sua gênese em um grupo pequeno que se congregava em torno do renomado filósofo político austríaco Friedrich Von Hayek, membro da *Mont Pelerin Society*, fundada em 1947, dentre os quais também se destacavam Milton Friedman e Karl Popper. No contexto americano e latino-americano, as teses neoliberais foram notabilizadas pelos *Chicago Boys*, grupo de economistas adeptos às teorias de Friedman, à época, professor da Universidade de Chicago.

A dramática consolidação do neoliberalismo, como nova ortodoxia econômica de regulação da política pública, ocorreu, inicialmente, com um desastroso laboratório no Chile de Pinochet, em 1975, e, a partir dos anos 1980, nos Estados Unidos, com o governo de Reagan, e na Grã-Bretanha, com o governo de Margareth Thatcher. As práticas adotadas envolveram: enfrentar o poder sindical; atacar todas as formas de solidariedade social em favor do individualismo, da propriedade privada, da responsabilidade individual; dismantelar os compromissos do Estado de Bem-Estar Social; privatizar empresas públicas; reduzir tributos; reduzir o custo do trabalho; incentivar o empreendedorismo, entre outras medidas regressivas.

O grande objetivo da proposta neoliberal se pautava em aspectos de privatização, desregulamentação e abertura comercial e financeira, dando espaço, a então chamada globalização (Pereira, 2017). Desse modo, o trabalho foi impactado com as novas formas de contratação que acabaram sendo menos onerosas às empresas, as quais tinham como ponto estratégico a redução de salários, e o consequente

enfraquecimento de direitos e garantias do trabalho sob o discurso que se consolidou como flexibilização dos direitos trabalhistas.

As múltiplas transformações iniciadas durante os anos 1970, denominadas de reestruturação produtiva do capitalismo, foram coordenadas, reunidas e rotuladas durante a década seguinte num vocábulo único: flexibilidade. A flexibilidade de direitos trabalhistas conferiu a possibilidade de as empresas adaptarem sem demora seu aparato produtivo (em especial o nível de emprego) às evoluções da demanda, bem como deu ensejo ao movimento rumo a maior autonomia no trabalho (Boltanski; Chiapello, 2009).

A conquista de relativa autonomia dos trabalhadores nos postos de trabalho, em contradição ao rigorismo fordista-taylorista das décadas anteriores, foi obtida com o sacrifício de garantias trabalhistas, de tal modo que se pode falar em uma autonomia imposta, dificilmente sinônima de liberdade: os assalariados, ora denominados de colaboradores ou associados, continuam a depender do empregador principal, e a subordinação é apenas dissimulada, seja por meio da passagem do direito do trabalho para o direito comercial (como a pejetização), seja pela distribuição das atividades econômicas para várias empresas ligadas em rede (terceirização). A forma mais impressionante de opressão, entre as que se instauraram progressivamente a partir da segunda metade da década de 1970, consiste na diminuição das garantias de emprego decorrentes dos novos modos de utilização do trabalho (temporário, por prazo determinado etc.) que precarizaram as relações laborais.

Os métodos de produção enxuta, extraídos em parte da observação das empresas japonesas (toyotismo), desfizeram-se de grande número de funções e tarefas, terceirizando tudo o que não fizesse parte do cerne de suas atividades, de modo que a imagem típica da empresa é de uma rede, com um núcleo enxuto, rodeado por uma miríade de fornecedores, serviços terceirizados, prestadores de serviços e trabalhadores temporários. Os próprios trabalhadores devem ser organizados em pequenas equipes pluridisciplinares, compostas por empregados polivalentes. Essa nova gestão do trabalho está povoada de empregados excepcionais: competentes para numerosas tarefas, continuamente especializados, altamente adaptáveis, capazes de autogerir-se e de trabalhar com pessoas muito diferentes.

Sob a égide neoliberal, as mudanças descritas acima consubstanciam o terceiro espírito do capitalismo, identificado por Boltanski e Chiapello (2009, p. 39) como uma “ideologia que justifica o engajamento no capitalismo”, mediante a cooptação da subjetividade do trabalhador. Essa estratégia busca romper com a consciência de classe, propagando uma falsa superação da sociedade de classes, amparado pelo discurso da meritocracia e empreendedorismo. Com isso, estratégias como chamar os empregados de colaboradores ou associados denotam a conotação negativa conferida a real posição ocupada pelos trabalhadores na sociedade, de modo que se identifiquem com o seu oposto, ou seja, o capitalista, contudo, sem deter qualquer poder econômico para ocupar essa classe social.

É evidente que tais retrocessos, consoante ressaltam Boltanski e Chiapello (2009), não teriam sido possíveis com tanta amplitude sem um mercado de trabalho difícil a alimentar um medo difuso do desemprego e a favorecer a docilidade dos assalariados, de tal modo que estes participaram, em certa medida, daquilo que se poderia descrever como sua própria exploração. Trata-se da gestão do trabalho pelo

estresse: plano de metas, assunção de riscos, assédio moral organizacional, medo do desemprego, remuneração e jornada flexíveis, exaustão física e psíquica, entre outros.

A vulnerabilidade dos trabalhadores, em face do medo que passou a integrar as relações de emprego precárias após a reestruturação produtiva, foi bem retratada por Beaud e Pialoux na seguinte passagem (2009, p. 12):

Hoje às formas novas de dominação simbólica vêm somar-se às antigas formas de exploração. Os assalariados sentem-se em situação de vulnerabilidade objetiva e subjetiva e trabalham com medo, por eles mesmos e por seus filhos. A ameaça do desemprego e da precariedade pesa sobre o conjunto dos assalariados, e ainda que as mulheres, os jovens e os operários sejam os mais atingidos, todas as categorias de assalariados receiam perder seus empregos. A pressão do desemprego exerce-se sobre aqueles que trabalham não apenas diminuindo suas exigências com relação ao trabalho, mas também aumentando sua carga de trabalho.

Um cenário tão negativo ao direito humano ao trabalho tomou contornos ainda piores com a chamada Quarta Revolução Industrial, caracterizada, principalmente a partir de meados da década de 1990, pela expansão do uso da internet e processos disruptivos nas áreas de neurotecnologia e biotecnologia, inteligência artificial (AI) e a robótica. Essas inovações tecnológicas acarretaram mudanças tão profundas na sociedade que Manuel Castells (2020) fala em superação do capitalismo industrial e o início do capitalismo informacional em uma sociedade em rede (interconectada). A análise de Castells está centrada principalmente no que denomina de era do informacionismo que representa o sistema capitalista após fenômenos como a reestruturação produtiva, a revolução tecnológica e a globalização. O autor prefere falar em *informacionismo* porque entende que a diferença em relação ao período anterior (industrialismo) reside na revolução das tecnologias da informação e sua difusão em todas as esferas de atividade social e econômica.

Essas mudanças não representam, necessariamente, uma nova estrutura social - que continua sendo capitalista. Antes, trata-se de um processo de expansão e renovação do sistema capitalista. Mas, os contrastes entre as práticas político-econômicas do capitalismo da contemporaneidade e as do período do industrialismo são suficientemente significativos para tornar coerente a hipótese de passagem para uma nova era do capitalismo em uma sociedade digital.

O processo de transição histórica para uma sociedade informacional e uma economia global foi marcado pela deterioração das condições de vida e trabalho. Essa precarização adquire formas diferentes em contextos distintos (Castells, 2020): crescimento do desemprego estrutural na Europa; decréscimo do salário real, desigualdade social crescente e instabilidade laboral nos Estados Unidos; subemprego e segmentação escalonada de mão de obra no Japão; informalidade e degradação da mão de obra urbana nos países em desenvolvimento; marginalização crescente da mão de obra agrícola nas economias estagnadas e subdesenvolvidas.

A análise da estrutura ocupacional na era informacional demonstra um aumento das ocupações e serviços inferiores e menos qualificados, o que leva a uma estrutura social cada vez mais polarizada. O trabalho degradado, principalmente em postos de trabalho composto por uma nova geração de trabalhadoras mulheres, minorias étnicas, imigrantes e jovens, concentra-se em atividades pouco qualificadas e mal remuneradas, assim como no trabalho temporário e de serviços diversos. Nunca o trabalho

foi mais central no processo de criação de valor. Porém, nunca foram os trabalhadores mais vulneráveis, já que se converteram em indivíduos isolados subcontratados em uma rede flexível. Nessa estrutura social nascente “o trabalho informacional desatou um processo mais fundamental: a precarização do trabalho, que marca o começo da sociedade em rede” (Castells, 2020, p. 309).

É nesse cenário de intensa precarização do trabalho humano que se inserem os rotuladores de dados de plataformas tecnológicas como o *ChatGPT*, cujas condições de trabalho serão analisadas na próxima seção.

2 FORÇA DE TRABALHO OCULTA: OS TRABALHADORES QUE ROTULAM DADOS DA PLATAFORMA *CHATGPT*

A empresa de pesquisa *OpenAI* lançou em novembro de 2022 um *chatbot* consistente em ferramenta composta por linguagem natural projetada para operar uma simulação de diálogo humano. Essa ferramenta permite a criação de perguntas e a elaboração de respostas, também conhecido como *ChatGPT* (Almeida et al, 2023, online). A empresa *OpenAI* foi fundada em 2015 e está situada na Califórnia, em San Francisco nos Estados Unidos. Inicialmente, foi concebida pelos notórios empreendedores Elon Musk e Sam Altman, além de contar com investimento de empresas como *Amazon Web Services (AWS)* e a *Microsoft* (Magalhaes, 2023, online). De acordo com o *Wall Street Journal* (Schuetz, 2023, online), a *OpenAI*, empresa que desenvolveu o *ChatGPT*, está em tratativas com investidores sobre uma potencial venda de ações que avaliaria a *startup* entre oitenta e noventa bilhões de dólares. A *Microsoft*, por sua vez, investiu aproximadamente treze bilhões de dólares na empresa *OpenAI*, tendo como estimativa a arrecadação de receita anual de um bilhão de dólares (Schuetz, 2023, online). Nesses termos, insere-se dentro do mercado das chamadas *Big Techs*, ou seja, das grandes empresas que monopolizam o mercado das tecnologias nas áreas da informação e do conhecimento.

O programa *ChatGPT* tem como um dos seus suportes as informações acumuladas dos servidores de internet, isto é, o programa tem acesso a todo conhecimento disponível na *web*. Um dado importante é que o programa *ChatGPT* não é um *site* de buscas como o *Google*, pois, “enquanto o *Google* dá o caminho na forma de uma lista de links entre os quais o usuário poderá encontrar a sua resposta, o *ChatGPT* não esclarece de onde saem as suas informações” (Tronco, 2023, online).

Nesse aspecto, pode ser entendida como uma plataforma tecnológica, assim classificadas as infraestruturas digitais, ou série de dispositivos, que possibilitam a interação/mediação entre diferentes grupos e que permitem aos usuários a construção ou realização de seus próprios produtos, serviços ou demandas (Grohmann, 2020, p.97). Em termos mais técnicos, pode ser entendida como “infraestruturas combinadas de *software* e *hardwares*, de propriedade privada ou pública, alimentadas por dados, automatizadas e organizadas por meio de algoritmos digitais” (Gonsales, 2020, p. 125). Por sua vez, os algoritmos digitais consistem em “uma sequência de instruções que informa o computador (desde suas

primeiras versões) sobre o que fazer dentro de um conjunto de etapas precisamente definidas e de regras projetadas para realizar uma tarefa” (Gonsales, 2020, p. 125).

Os parâmetros utilizados pela inteligência artificial do *ChatGPT* estão inseridos em uma grandiosa base de dados a partir da qual textos sofisticados são produzidos de forma autônoma. Esses parâmetros “são chave para os algoritmos de aprendizado de máquina, pois representam aquilo que é aprendido pelo modelo com os dados de treinamento” (Almeida, et al, 2023, online).

As principais características desse programa, que popularizaram seu uso, consistem na capacidade de responder perguntas complexas feitas pelo usuário, criar histórias, melhorar textos já escritos, contando com uma linguagem natural humana (Tronco, 2023, online). O modelo GPT-3 (*Generative Pretrained Transformer*) consiste em uma ferramenta que utiliza uma linguagem apta a projetar textos de forma semelhante àqueles produzidos pelo ser humano.

Diante dessa capacidade, pode ser entendida como uma forma de inteligência artificial generativa:

A inteligência artificial generativa descreve algoritmos que podem ser usados para gerar novos conteúdos, incluindo textos, áudios, imagens, vídeos, códigos e simulações. Modelos generativos de linguagem, como o *ChatGPT*, ou de imagens, como o *DALL-E*, são capazes de criar textos e imagens sintéticos por amostragem condicional do modelo, dada uma solicitação escrita por humanos ou por outros ‘bots’ (Almeida et al, 2023, online).

Esse sistema computacional é projetado para “gerar sequências de palavras, códigos ou outros símbolos, a partir de uma fonte de entrada chamada *prompt*” (Almeida et al, 2023, online). Os textos produzidos pelo programa são resultados de conteúdos gerados pela inteligência artificial que apresenta a informação de forma sintética ao destinatário final, haja vista que o ser humano não possui a capacidade de filtrá-los como as máquinas inteligentes. Apesar de as informações fornecidas pelo programa parecerem verídicas e confiáveis, são questionáveis, eis que não são apresentadas as fontes de onde derivam os conteúdos buscados, podendo, inclusive, conter inventos produzidos pelos algoritmos da inteligência (Almeida et al, 2023, online).

Uma vez que a base de dados utilizada pelo programa pode conter vieses discriminatórios, a *OpenAI* deparou-se com a necessidade de realizar a filtragem dessas informações a fim de eliminar linguagens com conteúdo de violência, discursos de ódio, de abuso sexual etc. (Perrigo, 2023, online). Essa filtragem é feita por meio de trabalhadores denominados *data taggers*.

O trabalho executado pelos rotuladores de dados (*taggers*) concentra-se basicamente em programar a Inteligência Artificial a partir de uma enorme quantidade de dados e imagens catalogadas por esses trabalhadores. Para uma melhor compreensão da importância do trabalho dos rotuladores, Smink (2023, online) ressalta que o programa *ChatGPT* utiliza cerca de 175 bilhões de parâmetros para, então, responder o que se pergunta. Isso evidencia que, por trás da inteligência artificial do *ChatGPT*, há a intensa atividade de uma multidão de trabalhadores.

Esses trabalhadores que sustentam a plataforma consistem em “centenas de milhares de trabalhadores, muitos de baixa renda, sem os quais sistemas de inteligência artificial (IA) como o *ChatGPT*

não existiriam” (Smink, 2023, online). Segundo Smink, esses trabalhadores, na maioria das vezes de países subdesenvolvidos, são terceirizados, portanto, subcontratados por vultosas empresas de tecnologia que os treinam para o desenvolvimento de sistemas de IA (Inteligência Artificial), formando uma força de trabalho oculta:

Estamos falando da "força de trabalho oculta", como chamou a organização sem fins lucrativos *Partnership on AI* (PAI), que reúne representantes de universidades, de organizações da sociedade civil, da mídia e da própria indústria envolvida com a IA. Essa força oculta é composta por pessoas subcontratadas por grandes empresas de tecnologia, geralmente em países pobres do Hemisfério Sul, para "treinar" sistemas de IA (Smink, 2023, online).

Essa assertiva é corroborada pelo fato de o trabalho de enriquecimento de dados (*taggers*) do *ChatGPT* ter sido terceirizado a uma companhia chamada *Sama*, que, por sua vez, optou pela contratação de trabalhadores do Quênia para executar as funções do programa. Essa empresa terceirizada tem por praxe realizar contratações em países de baixa renda, como Uganda e Índia, para trabalhar em *Big Techs*, como *Google* e *Meta* (Smink, 2023, online).

Segundo apuração da revista *Time*, os contratos firmados entre a *OpenAI* e a *Sama* estipularam o valor da hora em US\$ 12,50 (doze dólares e cinquenta centavos) pelo trabalho de rotulação de dados, sendo considerado esse valor seis a nove vezes maior do que o valor (hora) realmente pago aos *taggers* da *Sama*. A partir do relato de trabalhadores que não quiseram se identificar, a revista *Time* verificou que os rotuladores (*taggers*), terceirizados da *OpenAI*, recebem, aproximadamente, de US\$ 1,32 (um dólar e trinta e dois centavos) a US\$ 2 (dois dólares) por hora trabalhada na programação do *ChatGPT* (Smink, 2023, online). Como contraponto, a reportagem em questão ressaltou que, em geral, esse trabalho executado por um especialista teria uma remuneração aproximada de US\$ 25 (vinte e cinco dólares) por hora. Assim, a lógica precarizante fica nítida.

Uma das finalidades do trabalho dos rotuladores da *OpenAI* consiste em descrições de texto com conteúdos impróprios sobre discurso de ódio, informações de violência e abuso sexual (Mozelli, 2023, online). Para isso, “três dezenas de trabalhadores foram divididos em três equipes, uma com foco em cada assunto” (Mozelli, 2023, online). Trata-se de trabalho exaustivo, pois, além do conteúdo sensível, exige-se a leitura e rotulação de 150 a 250 passagens de textos em um turno de nove horas.

Os dados e imagens rotulados pelos *taggers* podem apresentar conteúdo impróprio e prejudicial. Os trabalhadores responsáveis pela filtragem são expostos a informações sensíveis e, a despeito disso, a plataforma consegue disponibilizar conteúdos mais seguros aos usuários:

Para obter esses rótulos, a *OpenAI* enviou dezenas de milhares de fragmentos de texto para uma empresa de terceirização no Quênia, a partir de novembro de 2021. Grande parte desse texto parecia ter sido retirado dos recantos mais sombrios da Internet. Alguns deles descreviam situações em detalhes gráficos, como abuso sexual infantil, bestialidade, assassinato, suicídio, tortura, automutilação e incesto (Perrigo, 2023, online)⁴.

⁴ “To get those labels, OpenAI sent tens of thousands of snippets of text to an outsourcing firm in Kenya, beginning in November 2021. Much of that text appeared to have been pulled from the darkest recesses of the internet. Some of it

Diante disso, merece destaque a questão afeta à saúde mental dos *data taggers*, seja em razão do conteúdo do próprio trabalho, seja em razão das condições materiais de exploração dessa atividade, consoante será analisado de forma mais detida na próxima seção.

3 A NOVA MORFOLOGIA DO TRABALHO: PRECARIZAÇÃO E SOFRIMENTO MENTAL

A preocupação atinente à saúde mental desses trabalhadores refere-se tanto à forma de organização dessa atividade laboral, exposta na seção anterior, quanto ao conteúdo dos dados analisados pelos rotuladores. No que tange ao conteúdo do trabalho, os rotuladores se ocupam da atividade de programação da inteligência artificial, consistente em filtrar o teor das bases de dados que poderão ser explorados pelo *ChatGPT*, os quais podem conter obscenidade, perversidade e outras formas de violência física e mental. Diante do conteúdo da atividade laboral e da forma de exploração do trabalho, revela-se grande o potencial de desenvolvimento de estresse pós-traumático ou outras manifestações de doenças que afetam a saúde mental dos rotuladores.

Não obstante esse potencial deletério à saúde do trabalhador, as empresas de tecnologia que exploram essa atividade não têm adotado medidas para melhoria das condições de trabalho e outras ações protetivas na área de saúde mental desses trabalhadores, a exemplo de assistência psicológica (Almeida et al, 2023, online). Nesse sentido, há uma preocupação sociopolítica quanto aos impactos dessa forma de organização da atividade laboral, eis que é nítido o custo social da exploração do trabalho pelas *Big Techs*, que, ao fim, são as principais beneficiárias do trabalho dos empregados terceirizados. Ora, o afastamento dos trabalhadores adoecidos em razão dessa atividade laboral é custeado pela Previdência Social, de modo que a sociedade acaba por assumir os custos da exploração da atividade econômica.

A tese aqui defendida, de potencial lesivo das atividades dos rotuladores que alimentam plataformas tecnológicas que operam por meio de inteligência artificial, como o *ChatGPT*, está fundamentada nos estudos em clínicas do trabalho, os quais revelam que a saúde psíquica do trabalhador não é neutra ao conteúdo e forma de organização do trabalho (Wandelli, 2013). Observadas as atuais relações de trabalho, constata-se a precariedade tanto material como existencial da exploração do trabalho humano que afetam, sobretudo, a saúde mental dos trabalhadores. Essas formas de precariedade estão presentes nas atividades laborais dos rotuladores, seja no aspecto de precariedade material, ante a relação laboral terceirizada, com salário ínfimo, incapaz de atender as necessidades de subsistência do trabalhador, além da jornada extenuante. Some-se a isso que o conteúdo da atividade laboral dos rotuladores os expõe a diversas formas de violência sem medidas de saúde e medicina no trabalho, como o apoio psicológico. Tais aspectos culminam na precariedade existencial, eis que ausente qualquer possibilidade de realização e emancipação

do sujeito pelo trabalho, por não haver o reconhecimento da contribuição social do trabalho nesses contornos precarizantes e degradantes.

Nesse contexto, não surpreende o fato de o adoecimento mental se apresentar no capitalismo da contemporaneidade como a principal causa de afastamento previdenciário de trabalhadores. Conforme levantamento feito pelo INSS a “depressão é a principal causa de pagamento de auxílio-doença não relacionado a acidentes de trabalho (30,67%)” (Dutra, 2022, online).

No mesmo sentido, pesquisas realizadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) estimam que cerca de 30% dos trabalhadores possuem algum tipo de transtorno mental, sendo considerado como uma das principais causas de afastamento do trabalho no mundo:

Os casos leves causam, em média, perda de quatro dias de trabalho/ano e os graves cerca de 200 dias de trabalho/ano, o que se estima custar US\$ 1 trilhão à economia global a cada ano em perda de produtividade. A previsão é que até 2030 sejam US\$ 6 trilhões. Já a Lancet Commission prevê que os distúrbios mentais podem custar cerca de US\$ 16 trilhões entre 2010 e 2030 se as medidas necessárias para tratar e reduzir os casos não forem tomadas (Dutra, 2022, online).

Outro ponto importante que merece atenção é o aumento de casos de trabalhadores com sintomas de *Burnout* e de situações envolvendo suicídio. Em uma pesquisa realizada pela ABRH-SP (Associação Brasileira de Recursos Humanos), em meados de 2022, a doença mental *Burnout* entrou para a Classificação Internacional de Doenças (CID-11), passando a ser considerada como doença ocupacional (Dutra, 2022, online). Nesse cenário, o Brasil ocupa a segunda posição de países com o maior número de casos envolvendo a doença, sendo que, a cada três trabalhadores, um deles, possui os sintomas de *Burnout* (Dutra, 2022, online).

A partir disso, as atuais formas de gestão do trabalho, consagradas após a reestruturação produtiva do capitalismo e das políticas neoliberais, descritas na seção anterior, parecerem desconsiderar o trabalho como um dos elementos essenciais na construção da identidade dos indivíduos. O trabalho em relação ao sujeito não é unicamente um meio de alcançar um salário e garantir os meios para sobrevivência, é também fator de integração do sujeito e construtor da identidade, consoante explica Lacman (2011, p. 38):

O trabalho é mais do que o ato de trabalhar ou de vender sua força de trabalho em busca da remuneração. Há também uma remuneração social pelo trabalho, ou seja, o trabalho enquanto fator de integração a determinado grupo com certos direitos sociais. O trabalho tem ainda uma função psíquica: é um grande alicerce de constituição do sujeito e de sua rede de significados. Processos como reconhecimento, gratificação, mobilização da inteligência, mais do que relacionados à realização do trabalho, estão ligados à constituição da identidade e da subjetividade.

Uma vez que a sociedade capitalista é constituída a partir da divisão social do trabalho, portanto, tendo o trabalho humano como seu núcleo axiológico, a ausência de reconhecimento da contribuição social do trabalho acarreta sofrimento, eis que rompe com uma das dimensões de constituição da identidade do sujeito. À vista disso, atitudes drásticas como o suicídio no trabalho e o adoecimento psíquico do trabalhador “são os sintomas nefastos de uma organização do trabalho que dilui a solidariedade,

exacerba o individualismo e não leva em consideração as expectativas do trabalhador em relação à contribuição de sua atividade laboral no contexto social” (Coutinho; Cirino, 2018, p. 9).

De acordo com estudos desenvolvidos pela Psicodinâmica do Trabalho - disciplina que estuda a relação entre a subjetividade, trabalho, e saúde - a identidade, considerada uma espécie de armadura da saúde mental, é constituída por um processo contínuo que se sustenta a partir do olhar do outro em dois campos das relações sociais: o primeiro é constituído pelo campo das relações sexuais, que passa pelo amor, na história singular de cada pessoa; o segundo é constituído pela autorrealização no campo social, que passa pelo trabalho (Dejours, 2012, p. 23).

De acordo com essa compreensão, o mecanismo que permite viabilizar a construção da identidade a partir do trabalho é representado pela expectativa de reconhecimento da contribuição social da atividade laboral. Por certo, não se ignora o fato demonstrado pela Psicodinâmica do Trabalho de que o sofrimento é ínsito a toda atividade laboral em razão das constrictões do real do trabalho. Ou seja, a possibilidade de fracasso, frente aos desafios que a execução da atividade impõe à subjetividade do trabalhador, além das constrictões da organização do trabalho, são fontes de sofrimento que impõem ao trabalhador superar os riscos que recaem sobre sua integridade física, como acidentes e doenças, além do estresse ínsito à gestão do trabalho após a reestruturação produtiva (Coutinho; Cirino, 2018, p.10).

Diante disso, a motivação subjetiva do trabalhador para superar o real do trabalho, adaptando, por exemplo, a forma de execução das atividades, ferramentas, máquinas, programas etc., dá-se pelo reconhecimento, ao final, da contribuição social do trabalho. A interrupção dessa dinâmica de trabalho-reconhecimento leva à cessação da mobilização subjetiva. A partir daí, o trabalho perde seu sentido para a subjetividade, acumulando-se o sofrimento, que se torna um fator patogênico. Conforme adverte Christophe Dejours (1992, p. 133), o sofrimento e o adoecimento psíquico no trabalho surgem quando há um contraste entre a história individual do trabalhador, carregada de projetos e esperanças, e uma organização do trabalho que os ignora.

Embora as descompensações psiconeuróticas dependam também da estrutura psíquica dos trabalhadores, portanto de fatores extra laborais, não se pode desconsiderar que as falhas na estrutura da personalidade do sujeito, somadas às formas de organização do trabalho no capitalismo sob a égide neoliberal, favorecem o adoecimento mental. Em outras palavras, ainda que a resposta da saúde mental dependa da singularidade de cada trabalhador, é inegável o nexos que se estabelece entre o adoecimento psíquico e o trabalho ao se considerar os atuais modelos de organização do trabalho, estruturados no estresse e no medo, afastando o reconhecimento da contribuição do trabalho.

Uma vez que os novos modelos de gestão do trabalho não conferem reconhecimento ao trabalhador, acabam adotando outros mecanismos para a mobilização subjetiva do empregado, como a cultura de empresa, cursos de formação sem limites, dinâmicas motivacionais, processos de gratificação e as ameaças de punição e demissão. Muitos gestores, alertam Lancman e Uchida (2003, p. 81), passam a utilizar técnicas de gestão pelo medo, criando uma pressão frequentemente insuportável. Com isso, tais gestores passam a exigir demandas dos trabalhadores consideradas como impossíveis e, até mesmo, absurdas.

Conseqüentemente, é desencadeando um desgaste mental e físico nesses trabalhadores, os quais tentam atender as expectativas dos gestores.

Sob a égide neoliberal, salientam Lancman e Uchida (2003, p. 81), “o desmoronamento do estável mundo fordista-keynesiano tornou necessário o surgimento de um sujeito que fosse criativo, inovador, flexível, adaptável, resiliente, etc.”. Assim, no desenfreado processo de flexibilização, fica evidente a precarização do trabalho humano, pois o trabalhador, ao buscar se adequar a essa nova realidade, deparou-se com a fragilização de direitos e garantias mínimas fundamentais. Dessa forma, o trabalhador passa a aderir a um modelo de ser flexível, adaptável e resiliente, tentando manter-se no mercado de trabalho, apesar da flexibilização de direitos, direitos esses, que foram conquistados aos longos de séculos por meio das lutas de classes, e que, após a crise dos anos setenta, foram enfraquecidos pelas pautas neoliberais.

Diante disso, no caso dos *data taggers*, é possível afirmar que o sofrimento ora abordado faz parte da sua rotina de trabalho, eis que, na dinâmica laboral, são submetidos a conteúdos prejudiciais à sua saúde mental, em razão da rotulação de conteúdos de violência sexual, discurso de ódio etc. Mas, o sofrimento e adoecimento não decorrem unicamente do conteúdo do próprio trabalho dos rotuladores. Indubitavelmente, os *data taggers* não conseguem sentir o reconhecimento pela contribuição social do trabalho prestado, haja vista que, no caso da plataforma *ChatGPT*, são empregados terceirizados em países periféricos e subdesenvolvidos, recebem uma remuneração ínfima e trabalham sob uma jornada exaustiva. Ainda, é importante destacar que esses trabalhadores, em geral, sentem o medo de serem demitidos, tanto é que na reportagem da revista *Time* (Smink, 2023, online) muitos trabalhadores recusaram a dar entrevistas e, outros, a serem identificados. Desse modo, é evidente o sentimento de ameaça de desligamento dos rotuladores de dados que alimentam a plataforma *ChatGPT*, confirmando a gestão pelo estresse e medo.

A descrição se alinha perfeitamente à tese defendida por Ricardo Antunes (2020) de que, no capitalismo após a reestruturação produtiva, sob a égide neoliberal, associado aos avanços tecnológicos nas áreas de conhecimento e informação, o trabalho humano ganhou uma nova morfologia representada na ideia de “privilégio da servidão”. Isso significa que a reestruturação produtiva da década de 1970 e a consolidação das políticas neoliberais, a partir de então, prepararam o terreno para uma precarização do trabalho mais intensa com o fenômeno da plataformização do trabalho na sociedade da era digital, viabilizado pelas tecnologias da informação e do conhecimento.

Nesse capitalismo da Era Digital, que tem como principal elemento a exploração de dados e aplicação da inteligência artificial em diversos setores da vida, as transformações são tão profundas que é possível falar em uma nova reestruturação produtiva. Nesse cenário, a plataformização do trabalho, ou a chamada uberização do trabalho, representativa dessa nova morfologia do trabalho, impõe o privilégio da servidão, isto é, os trabalhadores, ora sem vínculo de emprego formal, ou com vínculos precários – a exemplo do trabalho intermitente e multiterceirizado – devem ser gratos por, ao menos, possuírem o “privilégio” de ainda terem um trabalho.

Se essa é lógica da atividade desses trabalhadores, confirma-se o silogismo feito no presente artigo com a renomada obra de Friedrich Nietzsche (2000) “Humano, demasiado humano”, na qual o autor questiona qualquer justificativa metafísica, religiosa, ou, até mesmo, das ciências modernas sobre a

vida, defendendo que, para ser um espírito verdadeiramente livre, o ser humano precisa descobrir-se como humano. Ora, no capitalismo da era digital, a intensa precarização do trabalho, rompe com a possibilidade de constituição da identidade pelo trabalho e, nesse aspecto, de constituir-se como ser humano pelas suas potencialidades, de modo que a lógica moderna parece inverte-se para “Desumano, demasiado desumano”.

Nesse contexto, é possível defender a tese de que esses trabalhadores compõem o novo precariado digital. Cumpre esclarecer que o termo não se refere a uma nova classe de trabalhadores, mas a novas formas de opressão e exploração do trabalho humano, viabilizadas pelas tecnologias da informação e do conhecimento (TIC). Conforme defende Ricardo Antunes (2020), trata-se de uma nova morfologia do trabalho que, ao contrário do propagado discurso de fim do trabalho na sociedade digital, na realidade, amplia ainda mais o trabalho precarizado, que passa a abarcar “desde os/as trabalhadores/as da indústria de *software* aos de *call-center* (o infoproletariado ou cibertariado), atingindo progressivamente o trabalho nos bancos no comércio, nos setores de *fast-food* e turismo, além da própria indústria e agroindústria” (Filgeiras; Antunes, 2020, p. 73). Assim, em vez do propagado fim do emprego “estamos presenciando o advento e expansão monumental do novo proletariado da era digital, cujos trabalhos, mais ou menos intermitentes, mais ou menos constantes, ganharam novo impulso com as TICs” (Antunes, 2020, 32).

Com isso, diferentemente do que se possa pensar, o trabalho digital abrange diversas atividades laborais “desde o trabalho escravo, extraindo minérios para produzir celulares na China, até o trabalho feito por *freelancers* ou assalariados de alto escalão nas *big techs* do Vale do Silício, passando por aquele feito por entregadores de *delivery*, treinadores de dados para a inteligência artificial” (Grohmann, 2020, p. 101). O que categoriza, portanto, o precariado digital é o fato de o seu trabalho estar relacionado à produção e ao uso das tecnologias.

Nesse aspecto, Ricardo Antunes (2020, p. 22) ressalta que “as minas de carvão mineral na China e em tantos outros países, especialmente do Sul, mostram que o ponto de partida do trabalho digital se encontra no duro ofício realizado pelos mineiros”. O autor (Antunes, 2020, p. 22) complementa que “também na planta produtiva automatizada dos celulares e microeletrônicos viceja a exploração intensificada do labor”.

Dentro dessa lógica, no caso dos rotuladores, é preciso lembrar que “quando uma plataforma sob a lógica algorítmica parece fazer algo por meio da tecnologia da IA, na verdade, isso está sendo redirecionado para inúmeros trabalhadores, uma rede de produção global de trabalho digital” (Gonsales, 2020, p. 130). Nesse aspecto, o trabalho dos rotuladores é essencial para que as *Big Techs* da área de inteligência artificial explorem a sua atividade econômica.

Sendo assim, se por um lado, a atividade dos *taggers* não pode ser simplesmente extinta no mercado das TICs, por outro lado, deve ser objeto de regulamentação jurídica para que os efeitos deletérios na saúde desses trabalhadores sejam evitados. Como visto, trata-se de atividade extremamente estressante, tanto pelo conteúdo do trabalho, como pela forma de organização da atividade.

Assim, aplicando de forma analógica a regulamentação realizada para as atividades de trabalhadores em *call-center* (NR 17, Anexo II) - categoria que compõe o que Ricardo Antunes (2020) denomina de infoproletariado -, é imperioso estabelecer o limite de jornada de 6 horas, sem possibilidade de

prorrogação de jornada e, portanto, de qualquer forma de compensação de jornada. Além disso, devem ser estabelecidas pausas obrigatórias após 60 minutos de atividade, pausas essas não compensáveis com intervalos para alimentação e uso do banheiro. Por fim, é indubitável a necessidade de imposição de acompanhamento psicológico regular, no mínimo semanal, não substituível pela simples concessão de plano de assistência médica.

Essas representam apenas algumas medidas jurídicas que podem ajudar a minimizar os efeitos deletérios dessa atividade na saúde dos *taggers*, ao menos enquanto não for possível romper com o sistema econômico e social gerador da espoliação do trabalho humano.

CONCLUSÃO

Podemos olhar com o privilégio da retrospectiva histórica, até certa medida, as fases e transformações do capitalismo. Esse olhar em ciências sociais aplicadas é essencial para, afinal, entendermos como chegamos até aqui e concluirmos, quiçá, pela nossa “involução” ou, melhor, o nosso retrocesso. Retrocesso por não ter enxergado – ou ter preferido não enxergar – onde o descaso com o direito humano ao trabalho nos levaria. E aqui cessa o privilégio da retrospectiva histórica: estamos espoliados pelo imperativo que nos foi posto outrora, a lógica neoliberal e sua pseudo promessa de liberdade. Ora, olhamos a terra arrasada enquanto somos levados pelas correntes do capitalismo versão 4.0.

Estamos escrevendo o próximo século a partir de uma revolução que nos coloca como servos da tecnologia, ou melhor, das *Big Techs*, aceitando as coisas como são, isto é, o privilégio da servidão. Entoamos o coro do fim do trabalho, superado pela inteligência artificial. Mas, se ousarmos retirar os grilhões de servos da meritocracia, do empreendedorismo, da cooptação e dessubjetivação, veremos que esse mundo digital é construído por uma multidão de trabalhadores precarizados.

Se for possível tolher as vendas e grilhões que o neoliberalismo outrora nos impôs, entenderemos que, ora, em plena revolução, é o momento de fortalecer o direito dos trabalhadores, e não de suprimi-los. Caso contrário, perderemos um dos sentidos da nossa própria identidade, o trabalho e, com isso, a possibilidade de sermos espíritos livres, a possibilidade de sermos humanos com todas as suas potencialidades.

Por isso, não pode ser outra a forma de concluirmos esta pesquisa. Alertar. A partir do exemplo dos rotulares de dados, podemos expor uma nova morfologia do trabalho que adoce o corpo e o espírito ao retirar qualquer possibilidade de reconhecimento da contribuição social do trabalho. Morfologia que faz cessar a mobilização subjetiva do trabalhador, multiterceirizado, estafado por uma jornada exaustiva, faminto sem uma remuneração capaz de satisfazer suas necessidades vitais e com medo, ante as técnicas de gestão pelo estresse, de perder o “privilégio da servidão”.

Esse é o precariado digital, base que compõe a estrutura ocupacional do capitalismo da Quarta Revolução Industrial, ainda em curso, em uma conformação social e econômica totalmente

polarizada: ou se é o CEO, ou se é o precariado. Precariado que nasce, outrora, no chão de fábrica e, ora, se espalha para as profissões então elitizadas da classe média. Mas, os olhos vendados dos médicos, advogados, ministros, promotores, funcionários públicos preferem não ver que as decisões de hoje sobre os empregados terceirizados lhes será imposta, em poucos anos, no curso da plataformização do trabalho e novas aplicações da IA. São os próximos, diga-se bem próximos, na fila da “uberização”.

Se o exército de adoecidos por depressão, ansiedade, *burnout* não servem para abrir os olhos de que há algo seriamente grave na atual sociedade capitalista, que o olhar histórico, na escarniada perspectiva marxista, nos permita enxergar, em tempo hábil, o futuro que estamos dando ao trabalho e, com isso, a nós mesmos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Virgílio; MENDONÇA, Ricardo Fabrino; FILGUEIRAS, Fernando. *ChatGPT: tecnologia, limitações e impactos*. Disponível em: <https://cienciahoje.org.br/artigo/chatgpt-tecnologia-limitacoes-e-impactos/>. Acesso em 12 set. 2023.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BEAUD, Stéphane; PIALOUX, Michel. *Retorno à condição operária: investigação em Fábricas da Peugeot na França*. São Paulo: Boitempo, 2009.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

COUTINHO, Aldacy Rachid. CIRINO, Samia Moda. Trabalho, Identidade e Reconhecimento A “captura” da subjetividade do trabalhador no capitalismo contemporâneo: uma estratégia frustrada? . *Revista Jurídica Journal of Law*, 2018, Ahead of Print, p. 1-22. Disponível em <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/11903/pdf>. Acesso em 25 dez. 2023.

CHATGPT. Disponível em: <https://chat.openai.com/>. Acesso em: 23 set. 2023.

DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho*. PARAGUAY, Ana Isabel; FERREIRA, Lúcia Leal (trad.). 5 ed. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992.

DEJOURS, Christophe. *Trabalho e emancipação*. Tradução: Franck Soudant. Brasília, DF: Paralelo 15, 2012.

DUTRA, Denize. *Saúde mental: a nova pauta das organizações do trabalho*. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/saude-mental-a-nova-pauta-das-organizacoes-do-trabalho/>. Acesso em 08 out. 2023.

FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo. Plataformas digitais, uberização do trabalho e regulação no capitalismo contemporâneo. In ANTUNES, Ricardo (Org.) et al. *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 59-78.

GONSALES, Marco. Indústria 4.0: empresas plataformas, consentimento e resistências. In ANTUNES, Ricardo (Org.) et al. *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020, p. 125-137.

GROHMANN, Rafael. Plataformização do trabalho: características e alternativas. In Indústria 4.0: empresas plataformas, consentimento e resistências. In ANTUNES, Ricardo (Org.) et al. *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020, p.93-110.

HABERMAS, Juergen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições tempo Brasileiro. 2002.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. 5 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

HELOANII, Roberto. LANCMAN, Selma. Psicodinâmica do trabalho: o método clínico de intervenção e investigação. *Revista Produção*. Santa Cruz do Sul/RS, v. 14, n. 3, (2004). Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-65132004000300009>. Acesso em 08 nov. 2023.

LANCMAN, Selma. UCHIDA, Seiji. Trabalho e subjetividade: o olhar da Psicodinâmica do Trabalho. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*. São Paulo, Vol. 6, (2003). Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cpst/article/view/25852/27584>. Acesso em 07 set. 2023.

MAGALHAES, Williane. *OpenAI: como acessar, para que serve, quem é o dono e mais*. Disponível em: <https://www.remessaoonline.com.br/blog/openai/>. Acesso em 12 set, 2023.

MARX, Karl [1818 -1883]. *Manuscritos econômicos -filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MOZELLI, Rodrigo. *Denúncia: OpenAI pagou menos de US\$ 2 para trabalhadores quenianos treinarem ChatGPT*. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2023/05/22/pro/openai-usou-quenianos-para-chatgpt-ser-menos-toxico-entenda/>. Acesso em: 29 set. 2023.

NIETZSCHE, Friedrich [1844 – 1900]. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. vol. 1. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

PERRIGO, Billy. *Exclusive: OpenAI Used Kenyan Workers on Less Than \$2 Per Hour to Make ChatGPT Less Toxic*. Disponível em: <https://time.com/6247678/openai-chatgpt-kenya-workers/>. Acesso em: 18 set. 2023.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Crescimento e distribuição: revisão de um modelo clássico. *Brazilian Journal of Political Economy*, São Paulo/SP, Vol. 38, n. 1 (2018). Disponível em: <https://www.bresserpereira.org.br/index.php/economics/economics-basic-texts/12531-crescimento-distribuicao-progresso-tecnico-e-as-fases-do-capitalismo>. Acesso em 04 nov. 2023.

SILVA, Jani Alves da. REFLEXÕES SOBRE A HISTÓRIA DO CAPITALISMO. *Revista Filosofia Capital*. Maringá/PR, Vol. 2, Edição 5, (2007). Disponível em: <http://www.filosofiacapital.org/ojs-2.1.1/index.php/filosofiacapital/article/view/55>. Acesso em 12 nov. 2023.

SMINK, Veronica. *Os milhares de trabalhadores em países pobres que abastecem programas de inteligência artificial como o ChatGPT*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c3gze230pjlo#:~:text=V%C3%ADdeos%20milhares%20de%20trabalhadores%20em%20pa%C3%ADses%20pobres%20que%20abastecem,intelig%C3%A2ncia%20artificial%20como%20o%20ChatGPT&text=Desde%20que%20foi%20lan%C3%A7ado%20no,temores%20sobre%20seus%20impactos%20futuros..> Acesso em: 25 set. 2023.

SCHUETZ, Molly. *OpenAI, do ChatGPT, busca avaliação de até US\$ 90 bi em venda de ações, diz WSJ*. Disponível em: <https://www.bloomberglinea.com.br/tech/openai-do-chatgpt-mira-avaliacao-de-ate-us-90-bi-em-venda-de-acoes-diz-wsj/>. Acesso em: 13 set. 2023.

TRONCO, Giordano Benites. *ChatGPT impacta rotinas na pesquisa e na educação e levanta questionamentos sobre veracidade e metodologias de avaliação*. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/jornal/chatgpt-impacta-rotinas-na-pesquisa-e-na-educacao-e-levanta-questionamentos-sobre-veracidade-e-metodologias-de-avaliacao/>. Acesso em 04 set. 2023.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012.

WEBER, Max (1864 - 1920). *A Ética Protestante e o Espírito Capitalista*. 10ª ed. SP: Editora Martin Claret Ltda. 2012.

PARECER: TEMPO MÁXIMO PARA O ATENDIMENTO AOS CLIENTES EM CARTÓRIOS
PÚBLICOS¹

Carlos Renato Cunha²

PARECER Nº 549/2024

CONSULENTE: SECRETARIA DE GOVERNO

ASSUNTO: PROJETO DE LEI Nº 167/2023

SÚMULA DO PROJETO: Dispõe sobre o tempo máximo de 20 minutos para atendimento aos clientes em cartórios públicos.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ANÁLISE DE PROJETO DE LEI APROVADO PELO LEGISLATIVO MUNICIPAL. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. TEMPO DE ESPERA.

I. RELATÓRIO

A Secretaria Municipal de Governo consulta esta Procuradoria a respeito do Projeto de Lei n. 167/2023 ([13275655](#)), que dispõe sobre o tempo máximo de 20 minutos para atendimento aos clientes em cartórios públicos, para que o Prefeito possa se manifestar para fins de sanção ou veto.

¹ Pareceres não submetidos à revisão pelos pares.

² Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2019). Mestre em Direito do Estado pela UFPR (2010). Especialista em Planejamento Tributário e Operações Societárias pela Faculdade Brasileira de Tributação - FBT (2015). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2005). Bacharel em Direito, pela Universidade Estadual de Londrina (2002). Procurador do Município de Londrina (PR) desde 2004. Professor do Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Professor da Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica - PUC-PR, Campus Londrina (PR). Professor da Graduação em Direito nas Faculdades Londrina, em Londrina (PR). Professor da Pós-Graduação "lato sensu" em Direito em diversas instituições, atuando como Professor Conferencista do IBET. Coordenador do grupo de pesquisa em "Tributação, Eficiência e Direitos Fundamentais da PUC/PR Campus Londrina. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Tributário, Compliance e Planejamento Fiscal da PUCPR Campus Londrina. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil - PR - Subseção Londrina (2022-2024). Advogado. Atua em pesquisa com ênfase na área de Direito Público. Membro do Instituto de Direito Tributário de Londrina - IDTL. Membro da Associação dos Procuradores do Município de Londrina - APROLON. Membro da Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM. Membro do Comitê Permanente do Laboratório de Inovação da PGM-Londrina - INOVALAB-PGM LDNA. Ex-Procurador-Geral do Município de Londrina. Ex-Coordenador da Comissão da Advocacia Pública da OAB Subseção Londrina. Autor dos livros "Praticabilidade tributária: Eficiência, Segurança Jurídica e Igualdade", pela Editora Almedina (2021) e "O Simples Nacional, a Norma Tributária e o Princípio Federativo: limites da praticabilidade tributária", pela Editora Juruá (2011).

Foi anexada a íntegra do processo legislativo que resultou na aprovação do projeto (13275686).

2. ANÁLISE

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 (13275655). *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.

O projeto que se encontra sob análise fixa o tempo máximo de 20 (vinte) minutos para atendimento aos clientes em cartórios públicos da serventia extrajudicial.

Primeiramente, verifica-se a possibilidade do Município legislar sobre a matéria, sendo a competência fundamentada no artigo 30, incisos I da Constituição Federal, com previsão simétrica na Lei Orgânica Municipal de Londrina - LOM, tratando-se de matéria de interesse local, além de ser aplicável o inciso II do mesmo dispositivo constitucional, acerca da competência municipal de suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Note-se que o E. Supremo Tribunal Federal, analisando lei de teor análogo do Município de Montes Claros - MG, declarou a constitucionalidade da lei municipal em sede de controle difuso, reconhecendo, inclusive, a competência de fiscalização do PROCON local, como aqui se pretende, determinando a aplicabilidade do CDC aos cartórios:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO TEMPESTIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.144/2019 DO MUNICÍPIO DE MONTES CLAROS QUE FIXA TEMPO MÁXIMO PARA ATENDIMENTO DO PÚBLICO NOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE. 1. Quando da interposição do Recurso Extraordinário, o recorrente informou a antecipação dos feriados locais, conforme documentos constantes do Vol. 6, cumprindo, portanto, a determinação legal. Assim, o Recurso é tempestivo. 2. Cuida-se, na origem, de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DE MINAS GERAIS (SERJUS - ANOREG/MG) em face da Lei Municipal 5.144/2019, do Município de Montes Claros/MG, que dispõe sobre o tempo máximo de espera em fila por usuários das serventias notariais extrajudiciais. 3. Quanto à competência para legislar sobre a matéria, esta SUPREMA CORTE, no julgamento do RE 397.094/DF, de relatoria do Eminentíssimo

Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJe de 27/10/2006, (em que se discutia a constitucionalidade da Lei Distrital 2.529/2000, na redação dada pela Lei Distrital 2.547/2000, que previu tempo máximo de espera para diversas entidades públicas e privadas, dentre as quais os cartórios extrajudiciais, prevendo a responsabilização do respectivo dirigente), fixou tese no sentido de que a imposição legal de limitação do tempo de espera dos usuários em fila não constitui matéria relativa aos registros públicos, de forma que não há que se falar em violação ao artigo 22, XXV, da CF/1988. Afirmou-se, ainda, que a matéria se insere no conceito de “interesse local”, de forma que é permitido aos municípios legislarem sobre o assunto. 4. Em sentido semelhante, esta SUPREMA CORTE, no julgamento do RE 610.221-RG, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, DJe de 20/8/2010, fixou tese de repercussão geral (Tema 272) no sentido de que Compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente sobre a definição do tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias. Ressalte-se que a tese foi firmada não obstante a competência constitucional conferida privativamente à União para legislar sobre sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais, bem como sobre sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular (art. 22, incisos VII e XIX, da CF/1988). 5. O acórdão recorrido se afastou desse entendimento, razão pela qual merece ser reformado, haja vista que formalmente constitucional a Lei 5.144/2019, do Município de Montes Claros/MG. 6. A norma local objeto da presente demanda em nada viola os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, seja porque o tempo máximo de espera estipulado refere-se ao interregno entre o momento em que o usuário retira a senha até início do atendimento (e não à sua finalização), seja porque a aplicação da multa e suspensão do alvará de funcionamento pelo descumprimento da obrigação legal decorrem do poder de polícia do Município. 7. A prestação de serviços públicos, seja de forma direta ou mediante permissão ou concessão, deve assegurar os direitos dos usuários, bem como manter a qualidade e adequação dos serviços, conforme dispõem os incisos II e IV do parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal. Dessa forma, não obstante as alegações da Associação autora, de incompetência do PROCON para aplicar as penalidades pelo descumprimento da norma, certo é que o Código de Defesa do Consumidor faz parte do microsistema de direito coletivo, aplicável, portanto, a todos os serviços prestados, sejam públicos ou privados. 8. Agravo Interno a que se nega provimento. (ARE 1351776 AgR-segundo, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 28-03-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 01-04-2022 PUBLIC 04-04-2022)

Parece-nos, também, que houve a *observância da iniciativa legislativa*: o tema não nos parece afeto a nenhuma das hipóteses do artigo 29 da Lei Orgânica Municipal de Londrina - LOM. Não há a criação de uma nova estrutura fiscalizatória, eis que já compete ao PROCON-LD o exercício do poder de polícia municipal em defesa do consumidor londrinense.

Quanto ao mérito do projeto não vislumbramos nenhuma ofensa a normas constitucionais, encontrando-se dentro da discricionariedade legislativa no trato dos assuntos de interesse local.

Recordamos, contudo, que a questão jurídica não esgota a amplitude da análise para sanção ou veto de um projeto de lei, que também deve abarcar o juízo de conveniência e de oportunidade política, de competência do Chefe do Executivo Municipal.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto no tópico 2, a que remetemos a consulente, opinamos pela inexistência de razões jurídicas para o veto ao projeto de lei.

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 e oportunidade administrativas, 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), 15 de julho de 2024.

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

Ratifico o Parecer.

JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES

Procurador-Geral do Município de Londrina

PARECER: PUBLICAÇÃO DE EDITAL EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO¹Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho²

PARECER Nº 107 / 2024

CONSULENTE: SMGP/DGLC

ASSUNTO: Publicação de edital em jornal de grande circulação

CONSULTA JURÍDICA: 19.008.02XXXX/2024-XX

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DO EXTRATO DO EDITAL EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. DISPENSA DA PUBLICAÇÃO PREVISTA EM REGULAMENTO DO ENTE FEDERATIVO. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO MUNICIPAL N. 1.462/2022.

I - CONSULTA

1.

Trata-se de consulta formulada pela SMGP/DGLC, sobre situação ocorrida no âmbito do processo administrativo licitatório n. 4XX/2023 (SEI nº 19.008.1XXXXX/2023-XX), Pregão Eletrônico nº 2XX/2023 (SEI nº XXXXXX), que tem por objeto a Aquisição Imediata de Veículo SEDAN, visando a estruturação da Rede de Serviços da SMAS, conforme o Convênio nº 6XX/2020-SEDU (SEI nº XXXXXXXX), com o valor máximo de R\$ 93.505,00 (noventa e três mil e quinhentos e cinco reais) para atender a demanda da SMAS - Secretaria Municipal de Assistência Social, conforme relatado no documento PGM: Solicitação de Consulta Jurídica 109 (SEI nº XXXXXXXX):

(...)

2. O certame foi aberto no dia 30/11/2023 - 13h00, com a participação de 2 (duas) empresas, tendo como melhor proposta o valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), apresentado pela licitante Vetor Automóveis Ltda. que foi declarada vencedora, nos termos do Relatório (SEI nº XXXXXXXX).

3. Como trata-se de recurso orçamentário decorrente do Convênio nº 620/2020-SEDU (SEI nº XXXXXXXX) junto ao Paranacidade, o processo foi devidamente encaminhado ao Órgão

¹ Pareceres não submetidos à revisão pelos pares.

² Procurador do Município de Londrina e Advogado. Pós-Graduações em Direito Constitucional, Direito Municipal, Direito Digital e Proteção de Dados, Neurociência Aplicada ao Direito. 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

Concedente para autorização de homologação - documentos: Despacho Administrativo 16XXXXX (XXXXXXX) e Licitação: Declaração Paranacidade (SEI nº XXXXXXX).

4. Ocorre que, após análise do Paranacidade, foram feitos apontamentos sobre a falta de publicação do Aviso de Licitação em Jornal de Grande Circulação por e-mails (SEI nº XXXXXXX), sendo que, em suma, registraram:

- a falta de publicação do Aviso de Licitação em Jornal de Grande Circulação;
- que a lei de licitações não prevê que os municípios regulamentem a regra em questão;
- o encaminhamento de parecer jurídico que fundamentasse a alteração da lei;
- por fim, recomendaram a anulação do certame;

5. Em resposta, esta GGL - Gerência de Gestão de Licitações se manifestou por meio do Despacho Administrativo 12585 (SEI nº XXXXXXX), nos seguintes termos:

Ao Paranacidade

Em atenção as análises realizadas pela entidade concedente, especialmente no que se refere a publicação de aviso de licitação em jornal de grande circulação, temos as seguintes considerações.

1. Conforme esclarecimentos já prestados, o aviso de licitação não foi publicado em jornal de grande circulação em atendimento ao disposto no art. 24, §1º do Decreto Municipal 1.462/2022 deste Município de Londrina, que assim dispõe: Art. 24. Todos os processos de contratação serão publicados, no mínimo, no Diário Oficial, no sítio eletrônico oficial e no Portal Nacional de Contratações Públicas.

§ 1º Será obrigatória a publicação de extrato do edital, em jornal de grande circulação, para as contratações cujo valor máximo ultrapasse 20 (vinte) vezes o valor previsto no inciso I do caput do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021.

2. O decreto municipal foi elaborado em resultado do Contrato nº 182/2022 (SEI nº 6825242) em que foi contratada empresa para prestação de serviços de assessoria e consultoria para a nova regulamentação.

3. Ainda no âmbito desse contrato, para a devida fundamentação jurídica foi emitido Parecer Jurídico (SEI nº 12082308) em que um dos pontos abordados foi a questão da obrigatoriedade da publicação do extrato do edital em jornal de grande circulação (SEI nº 12082308 - item 2.5 - página 20 e seguintes), trazendo a seguinte conclusão.

[...]

Isto posto, não se verifica, na regra fixada pelo Decreto municipal, qualquer afronta ao dever de publicidade, divulgação e transparência das contratações públicas, obtendo-se, ao contrário, com o conjunto de suas disposições, um sistema que pretende, e pode ser até mais eficaz do que o previsto na Lei nº 14.133/2021.

4. Registra-se que todos os documentos de regulamentação foram analisados e aprovados - Parecer Técnico 930 (SEI nº 12083126) - por Comissão Intersetorial formada por representante de diversos órgãos, incluindo-se a Procuradoria Geral do Município e Controladoria Geral do Município, vestindo-se portanto da devida legalidade.

5. Assim sendo, encaminhamos o presente esclarecimento e documento anexo para nova análise quanto a aprovação da entidade concedente ao presente processo licitatório.

Atenciosamente,

Encaminhando ainda os seguintes documentos: Parecer Jurídico - Inovações - Regulamento de Londrina (SEI nº XXXXXXX) e Parecer Técnico 930 (SEI nº XXXXXXX).

6. Por sua vez, o Paranacidade encaminhou análise (SEI nº XXXXXXX) realizada pela Procuradoria Jurídica quanto à solicitação de reconsideração, conforme segue:

Com todo respeito à documentação encaminhada, o “parecer jurídico” não pode ser considerado para esta finalidade.

Isso porque, em primeiro lugar, não está firmado por Procurador do Município (que é órgão responsável pelas manifestações de legalidade no município); aliás, é isso que se depreende do trecho do citado documento, que não foi enviado em sua íntegra. Ademais, realizando a análise conjunta com os demais documentos encaminhados, o documento aparenta ser uma espécie de justificativa técnica elaborada pela consultoria contratada mediante o Contrato nº 0182-2021, que tinha por objeto a contratação de “capacitação in company, consultoria e assessoria para regulamentação, no âmbito municipal, da aplicação da Lei nº. 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratações), incluindo a elaboração de minutas de documentos”.

Dessa forma, inicialmente, é necessário que nos seja encaminhado efetivamente um parecer da Procuradoria do Município de Londrina apontando pela legalidade da dispensa da publicação em jornal de grande circulação em Decreto Municipal e da consequente legalidade da forma de publicidade do pregão eletrônico em questão. É importante apontar que, neste aspecto em especial, o citado Decreto Municipal não está a regulamentar pura e simplesmente a Lei Federal nº 14.133/2021, mas a retirar exigência legalmente prevista quanto à publicidade do procedimento licitatório nos casos em que o valor máximo da contratação não ultrapasse 20 (vinte) vezes o valor previsto no inciso I, do art. 75, da citada Lei Federal. Aponta-se que o parecer jurídico emitido pela Procuradoria Municipal, acerca do edital do processo licitatório não trata especificamente da questão quanto à publicidade do procedimento licitatório.

No caso em comento, ainda, apenas duas empresas participaram do pregão eletrônico, o que não permite afirmar com a assertividade necessária, que o desrespeito às regras previstas na Lei nº 14.133/2021 não resultou em qualquer restrição de competitividade.

Ressalte-se, ainda, que, como é de nosso conhecimento, o município de Londrina sempre solicita autorização para realização das licitações realizadas com recursos estaduais de acordo com seus modelos de editais e contratos, assumindo total responsabilidade por isso, o que, todavia, nessa hipótese em específica não aconteceu.

Nestas condições, e sem parecer específico da Procuradoria do Município de Londrina acerca da não publicação do aviso de pregão em jornal diário de grande circulação, em especial pela sua legalidade, com assunção de responsabilidade acerca de tal análise, fica prejudicada a nova análise nos termos pretendidos pelo Despacho Administrativo nº 12585/2024.

7. Por todo o exposto, encaminha-se o presente à PGM para análise e pronunciamento jurídico quanto aos apontamentos realizados pelo Paranacidade, especialmente no que se refere a possibilidade jurídica da regulamentação por parte do Município de Londrina do disposto no art. 53, §1º da Lei 14.133/2021, conforme realizado pelo Município de Londrina no Decreto Municipal nº 1.462/2022 - Art. 24.

(...)

2.

Com o devido respeito, a ilegalidade levantada não se sustenta.

2.1.

A Lei n. 14.133/2021 foi regulamentada, no âmbito desta municipalidade, por meio do Decreto n. 1.462/2022, em vigor desde 16/12/2022, data em que foi publicado^[1]. Um vez vigente, goza de presunção de legalidade e constitucionalidade, razão pela qual deve ser observado pelos agentes públicos municipais, até que venha a ser revogado por novo decreto ou decisão judicial definitiva. Simples opinião jurídica que exponha discordância de normas nele previstas não tem o condão de desconstituir tal presunção e afastar sua incidência.

2.2.

Cumprido esclarecer que a minuta do decreto em questão, acompanhado do parecer jurídico que tratou de tópicos específicos e inovadores da minuta^[2], ambos elaborados pelo advogado e professor Felipe Boselli^[3], foi posteriormente analisada e aprovada por comissão composta especificamente para tal finalidade, e da qual participaram servidores de diversos órgãos, inclusive da Procuradoria-Geral (representado pelo procurador que firma o presente parecer) e da Controladoria-Geral do Município.

2.3.

A meu ver, e com a vênua dos que pensam de forma contrária, embora o processo administrativo em questão não seja o foro adequado para discutir a (im)possibilidade de regulamentação, pelos entes federativos, da regra do § 1º do art. 54 da Lei n. 14.133/2021, ou a (i)legalidade da regra estabelecida no art. 24, § 1º do regulamento em questão, não se tratando de regra manifestamente ilegal^[4], ao menos ao ver desta Procuradoria-Geral - seja porque conta com respaldo jurídico anteriormente chancelado pela Administração, seja porque, aos olhos desta, trata-se de regra materialmente específica, passível de regulamentação pelos entes federativos^[5], não há como afastar a sua incidência ao caso concreto.

2.4.

Como é sabido, todos os entes federativos podem editar leis sobre licitação, embora devam obedecer àquelas normas gerais traçadas pela União. O respeito ao princípio federativo impõe que se garanta uma margem de autonomia ao ente da Federação, o que leva a discussões sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos que, claramente, estabelecem regramento materialmente específicos^[6]. Marçal Justen Filho, aliás, defendendo que a Federação é um dos princípios mais importantes da Constituição, lembra que norma geral não é instrumento para restrição da autonomia federativa. O doutrinador sustenta, com razão, que não seria possível a validade e a vinculação de normas gerais editadas pela União as quais invadissem a autonomia federativa, notadamente no que tange à organização, ao funcionamento, a assuntos de interesse local e à

competência dos organismos administrativos de tais entes^[7]. Sobre o tema, por sua relevância, a lição de Ronny Charles Lopes de Torres^[8]:

(...)

1.4 NORMAS MATERIALMENTE GERAIS X NORMAS MATERIALMENTE ESPECÍFICAS

A Lei n. 14.133/2021 firma-se como normal geral de licitações, cumprindo com a competência legislativa estabelecida pela Constituição Federal, em seu artigo. 22.

Em seu artigo primeiro, a referida Lei define que "estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

Contudo, importante observar que esta Lei não possui regras de conteúdo apenas geral, mas também específico, o que repercutirá na amplitude de sua aplicação obrigatória, pelos demais entes.

É evidente que o texto legal, de forma até mais intensa do que outrora fora feito pela Lei n. 8.666/93, avançou para definir regramentos específicos, detalhando procedimentos, indicando competências, entre outros pormenores. Admitir que a regra do artigo 1º guindaria esses dispositivos materialmente específicos à qualidade de norma geral permitiria que o legislador federal ordinário conspurcasse a competência legislativa privativa definida pelo Constituinte (restrita apenas às normas materialmente gerais), avançando sobre matéria (específica) outorgada aos demais entes federativos e, por conseguinte, afrotando o próprio princípio da autonomia federativa.

Em suma, se o Constituinte definiu que a competência privativa do legislador federal para tratar sobre licitações se restringiria apenas às normas gerais, não pode o legislador federal extrapolar esse limite, com o artifício de classificar todas as suas regras como gerais, mesmo quando evidentemente possuem caráter materialmente específico. Admitir isso seria prestigiar o legislador federal, em detrimento do Constituinte.

Bom lembrar que esse artifício, de classificar todas as regras como gerais, também foi utilizado na Lei n. 8.666/93, o que não impediu que a Jurisprudência e a doutrina desmentissem a veracidade dessa classificação legal generalizada.

Entendemos que a criação de modalidades licitatórias, regras de restrição à participação na licitação, parâmetros gerais de habilitação, critérios de adjudicação, exceções à obrigatoriedade de licitar, criação de sanções administrativas e demais prerrogativas extraordinárias características ao contrato administrativo, caracterizam-se claramente como normas materialmente gerais.

Por outro lado, regras procedimentais, formato da comissão de contratação, denominações das comissões e de funções administrativas, definição de competências, caracterizam-se, claramente, como normas materialmente específicas, não admitindo-se, sem desrespeito à Constituição, que a União suprima a autonomia legislativa dos demais entes da federação.

Vale lembrar, como exemplo, a Lei de Licitações aprovada pelo Estado da Bahia (Lei n. 9.433, de 01 de março de 2005) que, respeitando as regras gerais da Lei n. 8.666/93, avançou em relação a algumas regras materialmente específicas, como, por exemplo, a inversão de fases na modalidade concorrência, com a fase de propostas precedendo a fase de habilitação (modelagem que passou a ser utilizada pela Lei n. 14.133/2021, para sua Concorrência). Diante de eventual lacuna da Lei Federal, é importante resguardar como normas materialmente específicas as regras, no âmbito de Estados, Municípios e DF, que proponham inovações, aperfeiçoando a legislação federal, desde que compatíveis com as normas gerais estabelecidas.

Como bem pontuou o Ministro Fux, em voto prolatado na ADI 3059, "o conceito de "norma geral" é essencialmente fluido, de fronteiras incertas, o que, embora não o desautorize como parâmetro legítimo para aferir a constitucionalidade de leis estaduais, distritais e municipais, certamente requer maiores cautelas no seu manejo". Esse dilema, segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, deve ser compreendido com respeito à opção constitucional de federalismo, resguardando

espectro de atuação legislativa pelas demais esferas federalistas, para tratar sobre o tema. Assim, qualquer leitura exegerada do conceito constitucional de norma geral "milita contra a diversidade e a autonomia das entidades integrantes do pacto federativo, em flagrante contrariedade ao pluralismo que marca a sociedade brasileira", contribuindo também para asfixiar o experimentalismo local tão caro à ideia de federação".

(...) - destacamos.

2.5.

No caso, segundo o Decreto Municipal n. 1.462/2022, "todos os processos de contratação serão publicados, no mínimo, no Diário Oficial, no sítio eletrônico oficial e no Portal Nacional de Contratações Públicas" (art. 24). Contudo, a publicação do extrato do edital em jornal de grande circulação^[9] só será obrigatória "para as contratações cujo valor máximo ultrapasse 20 (vinte) vezes o valor previsto no inciso I do caput do art. 75 da Lei nº 14.133^[10], de 2021" (§ 1º). Como o valor máximo da licitação era de R\$ 93.505,00, inferior, portanto, a R\$ 2.288.333,00 (equivalente a 20 vezes R\$ 114.416,65^[11]), não há que se falar em ilegalidade pela ausência de publicação em jornal de grande circulação, eis que expressamente dispensada pela norma regulamentar.

2.6.

No processo administrativo (SEI 19.008.1XXXXXX/2023-xx, doc. Licitação: Check List-Publicações 329 (SEI nº XXXXXX) consta informação acerca da publicação do extrato do edital nos demais meios previstos no item 1.9 do edital, quais sejam, PNCP (XXXXXX XXXXXX), Site de Londrina (XXXXXX), Comprasnet (XXXXXX), Diário/Jornal Oficial de Londrina (XXXXXX) e Diário Oficial do Estado (XXXXXX), além do Portal do TCE/PR (XXXXXX), permitindo concluir que foi dada a devida publicidade ao certame, em conformidade com o exigido na legislação em vigor.

2.7.

No que tange ao fato de apenas duas empresas tenham participado do certame, não se pode atribuir tal circunstância à ausência de publicação em jornal de grande circulação, já que houve publicidade em âmbito nacional e estadual, em meios digitais de fácil consulta, conforme acima exposto. Não havendo sequer indícios de conluio entre os interessados ou de efetivo prejuízo à competitividade, não há que se falar no desfazimento do ato. Nesse sentido:

Precedente expedido na vigência da Lei nº 8.666/1993, cuja racionalidade poderá orientar a aplicação da Lei nº 14.133/2021: o TJ/MG, em apelação cível, julgou sobre a publicidade nos contratos para execução de obra pública. Segundo o tribunal, "a ampla divulgação do procedimento afigura-se indispensável como meio de garantir a participação de todos os interessados no certame, o que, viabilizando a concorrência, permitirá à Administração selecionar e aceitar a proposta mais vantajosa para a celebração do contrato". Nesse sentido, "nos termos do art. 21 da Lei nº 8.666/93, os avisos dos resumos do edital de licitação devem ser publicados ao menos uma vez no Diário Oficial do Estado (inciso II) e em jornal de grande circulação no Estado e, também, se houver, em jornal de grande circulação no Município ou na região (inciso III)". No caso, "o fato de os avisos dos resumos do instrumento convocatório não ter sido publicado no Diário Oficial do Município ou em jornal de grande circulação local, conforme a letra fria do inciso III do art. 21 da Lei nº 8.666/93, poderia dar azo ao reconhecimento de nulidade do procedimento licitatório e, por conseguinte, do contrato celebrado pelas partes". No entanto, inexistente "prova no sentido de que essa falha na divulgação dos resumos do instrumento convocatório tenha decorrido de má-fé ou conluio

entre os interessados, aliada à ausência de apontamento de qualquer prejuízo a terceiro daí advindo, desaconselham o desfazimento do ato, mormente porque várias outras empresas compareceram e efetuaram a retirada do edital, evidenciando o alcance da publicidade, a preservação da concorrência e isonomia entre os interessados”. (Grifamos.) (TJ/MG, Apelação Cível nº 1.0400.17.002129-1/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. em 22.09.2022.)

2.8.

Relevante mencionar que, no âmbito da Lei n. 14.133/2021, para efeito de cumprimento do princípio da publicidade, enquanto o Portal Nacional de Contratações Públicas não estava disponível para publicações pelos entes federativos, os Tribunais de Contas consideravam suficiente a publicação dos atos nos sítios eletrônicos oficiais, nos Diários Oficiais da União ou do Estado, conforme o caso concreto:

O TCU, em sede de consulta, julgou sobre a publicidade das contratações diretas de acordo com a Nova Lei de Licitações. Segundo o tribunal, “em reforço à transparência que deve ser dada às contratações diretas, que seja utilizado o Diário Oficial da União – DOU como mecanismo complementar ao portal digital do TCU, em reforço à devida publicidade até a efetiva integração entre os sistemas internos e o PNCP”. (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 2.458/2021, do Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, j. em 13.10.2021.)

O TCE/MA, em consulta sobre a aplicação da nova Lei de Licitações, decidiu que “para fins de cumprimento do princípio da publicidade, à luz da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), enquanto não criado e regulamentado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), considera-se atingida a finalidade da lei, a divulgação dos avisos e editais de licitações em sítio eletrônico oficial, bem como no Diário Oficial do Estado, sem prejuízo do cumprimento das normas específicas de controle externo, com fundamento no art. 169 e seguintes do mesmo diploma”. (Grifamos.) (TCE/MA, Processo nº 5.826/2020, Rel. Cons. João Jorge Jinkings Pavão, j. em 14.04.2021.)

2.9.

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou sobre o tema, de modo a reconhecer a constitucionalidade de regra que dispensa de publicação em Diário Oficial para contratações de menor vulto (como no caso ora em análise), confira-se:

Precedente expedido na vigência da Lei nº 12.462/2011, cuja racionalidade poderá orientar a aplicação da Lei nº 14.133/2021: o STF, em sede de ADI, julgou a constitucionalidade de dispositivo da Lei nº 12.462/11 que dispõe pela dispensa de publicação em Diário Oficial para contratações de menor vulto, tendo em vista a ponderação entre princípios da publicidade e da eficiência no sentido de priorizar os métodos mais baratos e efetivos de publicidade dos editais, em vista da crescente informatização, automatização e digitalização das comunicações. Segundo o tribunal, “a determinação de publicação em Diário Oficial é uma das possíveis alternativas para o cumprimento do dever constitucional de transparência, mas é, também, medida que acarreta custos adicionais à Administração Pública quando da efetivação do certame”. Nesse sentido, “o legislador federal, ao relativizar a regra geral da publicação em Diário Oficial nos casos de contratações de menor monta, realizou razoável ponderação no sentido de priorizar métodos menos custosos e mais efetivos de publicidade dos editais (i.e. publicação em sítio eletrônico oficial centralizado), à luz da crescente informatização, automatização e digitalização das comunicações, nos dias atuais. O critério adotado pela Lei do RDC para a desobrigação da publicação em imprensa, diga-se, é idêntico àquele consagrado pelos arts. 21 e 23 da Lei 8.666/1993 para a modalidade licitatória de convite, que contempla contratos de valor correspondente”. No mesmo sentido: ADI nº 4.655. (Grifamos.) (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 12.09.2023.)

2.10.

Não se pode deixar escapar que o novo marco regulatório das contratações públicas, além dos princípios elencados no art. 5º da Lei n. 14.133/2021, dentre os quais o da legalidade, incorporou novo paradigma a respeito da nulidade dos atos administrativos no âmbito das contratações públicas ao estabelecer a obrigação de observância das disposições do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), segundo a qual "a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas" (art. 21).

2.11.

Por fim, a respeito da necessidade de solicitar autorização ao PARANACIDADE para que o município possa realizar as licitações com recursos estaduais de acordo com seus modelos de editais e contratos, o que não teria ocorrido no presente caso concreto, em respeito à autonomia federativa estabelecida pela Constituição Federal, sugere-se comunicar à entidade estadual que, doravante, as licitações que empreguem recursos estaduais serão realizadas com base na Lei n. 14.133/2021 e seu regulamento municipal, qual seja, o Decreto n. 1.462/2022, bem como nos seus modelos de editais e contratos, salvo expressa disposição em contrário prevista no instrumento de repasse.

III - CONCLUSÃO

3.

Posto isso, esta Procuradoria-Geral manifesta o entendimento de que a ausência de publicação do edital em jornal de grande circulação, no caso concreto, encontra respaldo na regra do art. 24, § 1º, do Decreto Municipal n. 1.462/2022, não sendo motivo para a invalidação do certame.

4.

Embora o presente parecer tenha sido elaborado para dirimir dúvida em caso concreto, o entendimento nele exposto poderá ser utilizado como referência para embasar decisões administrativas no âmbito de outros processos administrativos com a mesma temática (ausência de publicação em jornal de grande circulação fundamentada na regra do § 1º do art. 24 do Decreto Municipal n. 1.462/2022).

O presente parecer está sujeito a ratificação superior, sem a qual é considerado mera minuta.

Londrina, datado e assinado eletronicamente.

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

PROCURADOR DO MUNICÍPIO DE LONDRINA

Gerência de Licitações e Contratos/PGM

OAB-PR 32.418 / Matrícula n. 14.130-5

Ratifico

Renata Kawassaki Siqueira

PROCURADORA-GERAL ADJUNTA DE GESTÃO DA CONSULTORIA

(Portaria nº 8/2023-PGM)

[1] JOM n. 4796, de 16/12/2022, p. 2-34.

[2] Ficando aqui ratificado, sobretudo no que tange ao tópico tratado no item 2.5 (Publicação obrigatória do extrato do edital em jornal de grande circulação apenas para contratações que ultrapassem 20 vezes o valor previsto no inciso I do caput do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021 (art. 24, §1º).

[3] SEI 19.008.182784/2023-38, doc. 12082308.

[4] Pelo contrário, sua legalidade resta formal e materialmente estabelecida para a Administração Municipal.

[5] Salientando-se que não há consenso, na doutrina e na jurisprudência, acerca de quais regras previstas na Lei n. 14.133/2021 podem (normas materialmente específicas, que vinculam apenas a União) ou não (normas materialmente gerais, vinculam todos os entes federativos) ser objeto de regulamentação pelos entes federativos.

[6] Conforme Ronny Charles Lopes de Torres. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 12ª ed., Juspodium, p.45-52.

[7] Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 287.

[8] Leis de Licitações Públicas Comentadas. 12ª ed., Juspodium, p.48-49.

[9] Aqueles com publicação mínima de 3 (três) edições semanais e tiragem mínima de 3.000 (três mil) exemplares ou com alcance mínimo diário de 3.000 (três mil) acessos, quando se tratar de jornal veiculado em meio digital, nos termos do § 2º do art. 24.

[10] Atualmente estabelecido em R\$ 119.812,02 (cento e dezenove mil oitocentos e doze reais e dois centavos), nos termos do Decreto n. 11.871/2023, mas que, à época da publicação do edital (nov/2023), era de R\$ 114.416,65 (cento e quatorze mil quatrocentos e dezesseis reais e sessenta e cinco centavos).

[11] Vigente até 31/12/2023.