

SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

- As políticas de saúde e o mérito dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: considerações sobre a aplicabilidade da doutrina Chenery
Renata Carvalho Espindola10
- Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno – RIDE e Região Metropolitana de Brasília: a assimetria entre os entes impacta negativamente a cooperação?
Fernando José Longo Filho23
- Do direito ao esquecimento de réus condenados: necessária introdução dos direitos fundamentais da não perpetuidade da pena e da ressocialização do condenado na técnica de ponderação
Rafael Augusto Alves43
- O Amicus Curiae no processo civil brasileiro: natureza jurídica
Aroldo Velozo de Carvalho Junior58
- A sensação de insegurança como influência no direito penal simbólico
Zilmone Ascenso Lustosa92
- Governança Multinível
Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho118
- Inaplicabilidade do incidente de descon sideração da personalidade jurídica na execução fiscal
Helton Kramer Lustosa135
- A (in)admissibilidade do habeas corpus substitutivo de recurso ordinário no Supremo Tribunal Federal
Jorge Luís Ribeiro Filho154
- A auditoria operacional do TCU como instrumento de aperfeiçoamento dos serviços
Gisele Novack Diana169
- Tributação da Espécie “Acesso” dos Serviços de Telecomunicações – ICMS x ISS
Tháís Cunha Cavalcanti Ferreira Cordeiro180

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O MÉRITO DOS PROTOCOLOS CLÍNICOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICABILIDADE DA DOCTRINA *CHENERY*

THE HEALTH PUBLIC POLICIES AND THE MERIT OF MEDICAL PROTOCOLS AND TREATMENT GUIDELINES: CONSIDERATIONS ABOUT THE APPLICABILITY OF THE *CHENERY* DOCTRINE

Renata Carvalho Espíndola¹

RESUMO: O presente artigo tem como objeto demonstrar a aplicabilidade da Doutrina *Chenery* aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e às demais decisões administrativas na área da saúde pública. Como será demonstrado, os protocolos clínicos são instrumentos usados pelo Poder Público para a execução de suas políticas de saúde, constituindo-se, assim, verdadeiros atos administrativos. Entretanto, cumpre enfatizar que as decisões administrativas adotadas durante a elaboração de um protocolo clínico são extremamente técnicas e científicas. Em tal ordem de ideias, considerando o protocolo como um ato administrativo, sabe-se que seu mérito não pode sofrer controle jurisdicional irrestrito. A abordagem apresentada no presente artigo é no sentido de que, nas demandas judiciais em que se discuta o mérito dos protocolos clínicos, deve-se defender também a aplicabilidade da Doutrina *Chenery*, segundo a qual há hipóteses em que as decisões administrativas apresentam tamanho grau de sofisticação e de tecnicidade que, por ausência de igual *expertise*, não possui o Poder Judiciário qualquer possibilidade de impor a adoção de um entendimento diverso.

Palavras-chave: Protocolos clínicos. Ato administrativo. *Chenery*.

Recebido em: 30/05/2019 **Aceito em:** 10/06/2019

ABSTRACT: This article has the objective to indicate the applicability of the *Chenery* Doctrine to Medical Protocols and Therapeutic Guidelines and to other administrative decisions in the public health field. As it will be demonstrated, medical protocols are tools used by the Public Authority in order to execute health policies, thus becoming administrative acts themselves. Nonetheless, it is imperative to state that the administrative

1 LLM em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISC), Especialista em Gestão e Direito da Saúde (Escola Nacional de Advocacia – ENA, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – SATeducacional). Subprocuradora-Geral do Distrito Federal atuante do Núcleo Estratégico da Procuradoria do Contencioso em Matéria de Saúde Pública da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PROSAÚDE-PGDF). E-mail: renata.c.espindola@gmail.com.

decisions made during the preparation of a medical protocol are extremely technical and scientific. Therefore, considering protocols as administrative acts, its content should not suffer from unrestricted jurisdictional control. The approach presented in this article is that, in matters such as lawsuits that question the merit of medical protocols, it shall be defended the applicability of the Chenery Doctrine, which hypothesizes that administrative resolutions feature a high degree of refinement and technicality that, in the absence of similar expertise, preclude the Judiciary Branch from imposing the adoption of any other form of discernment.

Keywords: Medical protocols. Administrative act. Chenery.

Received in: 05/30/2019 **Approved in:** 06/10/2019

Como é sabido, incumbe ao Estado, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, o dever de realizar ações e serviços que propiciem a promoção, a proteção e a recuperação da saúde dos cidadãos; trata-se do direito fundamental à saúde. O conjunto dessas ações e serviços, nos termos do artigo 198 do texto constitucional, forma o denominado Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, Caberá ao Estado, no âmbito do SUS, desenvolver e utilizar todos os instrumentos, projetos, programas, enfim, adotar todas as medidas executivas e prestacionais necessárias a fim de assegurar a efetividade de tal direito fundamental. Surgem, então, as denominadas Políticas Públicas de Saúde.

De fato, se foi a Constituição que assegurou a todos o direito à saúde e institucionalizou o SUS como o sistema que propiciará a sua respectiva fruição, é ao Estado que incumbirá desenvolver os programas de ação necessários para tanto. Razão pela qual ensina Caroline Muller Bitencourt (2013) que se devem entender como políticas públicas “todos os instrumentos de ação de um governo, através dos quais há a realização de direitos e os preceitos constitucionais transformam-se em utilidades para os governados”².

Portanto, política pública é, eminentemente, ação; é o Estado agindo para efetivar os direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão. Como se sabe, a atuação estatal se dá por meio de atos administrativos, como bem observa Hely Lopes Meirelles (1998), ao aduzir que “a Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos”³.

2 BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 51.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 130.

Volvendo a atenção ao direito à saúde, a fim de cumprir o seu dever constitucional de promover e/ou recuperar a saúde dos cidadãos, o ente público deverá estabelecer as formas pelas quais se dará o enfrentamento das diversas doenças. Um dos modos de atuação são os chamados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCTs).

O protocolo clínico se trata de verdadeiro instrumento de política pública e, por extensão, de legítimo ato administrativo, sendo bastante elucidativa a definição legal constante do inciso II, artigo 19-N, da Lei Federal nº 8.080/90:

(...) documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

De fato, estabelecem os PDCTs as opções e os modos de atuação para todas as fases da doença, abordando desde a conduta preventiva até a fase de pós-tratamento. Os protocolos são, portanto, instrumentos técnicos e complexos, possuindo diversas fases de elaboração, entre as quais destacam-se: o estudo da literatura (em que se identificam as pesquisas e artigos sobre a efetividade do tratamento e dos medicamentos e produtos propostos); a construção do protocolo (em que, após as evidências encontradas, elabora-se o documento em si); a testagem (quando há uma avaliação não só por outros profissionais de saúde, senão também uma aplicação em serviço para testar sua viabilidade); e, por fim, sua própria revisão na prática. Fica evidente, assim, seu elevado grau de tecnicidade.

No entanto, não se deve olvidar que, por tratar-se de um instrumento estatal de política pública, os PDCTs deverão, a um só tempo, assegurar a efetividade do direito à saúde e ainda atender aos princípios constitucionais da universalidade, da equidade e da integralidade.

Como estabelecem as normas insertas nos artigos 196 e 198 da Constituição Federal, a efetividade do direito à saúde somente será atendida caso se possibilite o seu acesso universal (isto é, a todos os cidadãos), equânime (de forma indistinta) e integral (por meio de uma abordagem assistencial completa, nos níveis de atenção básica, secundária e terciária).

Não basta apenas estabelecer a forma de enfrentamento e tratamento das doenças. É mister que, ao elaborar o respectivo protocolo, o Estado também cuide para que a assistência dele advinda possa ser prestada a todos os cidadãos de forma integral e igualitária.

Em tal cenário, a abordagem que melhor possibilita a elaboração dos protocolos clínicos oficiais é a denominada Medicina Baseada em Evidências (MBE). Segundo tal metodologia, os protocolos devem estar baseados na melhor evidência científica e julgamento profissional, tudo a fim de proporcionar o melhor resultado ao paciente, sem descuidar, por óbvio, da necessidade de garantir a eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade do medicamento.

O parágrafo único do artigo 19-O, da Lei Federal nº 8.080/90, estabelece que os medicamentos ou produtos recomendados em um protocolo clínico, durante a elaboração dos PDCTs, deverão ser avaliados quanto à sua eficácia (o funcionamento em condições ideais), segurança (a ausência de riscos para o paciente), efetividade (o funcionamento real) e eficiência (dentro do critério de custo-efetividade) para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde.

Surge nesse momento outro aspecto bastante relevante dos PDCTs. Ao estabelecer quais serão os medicamentos que permitirão a efetiva promoção e/ou recuperação da saúde do paciente, há a possibilidade do próprio planejamento da assistência farmacêutica no âmbito do SUS. A citada Lei Federal nº 8.080/90, em seu artigo 6º, inciso I, alínea 'd', estabelece a denominada assistência farmacêutica como uma das ações de saúde (leia-se, portanto, políticas públicas) a ser desempenhada pelo SUS.

Assim, além das políticas públicas consolidadas na Política Nacional de Medicamentos (PNM)⁴ e na Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF)⁵, os PDCTs exercem importante papel em tal planejamento. Isso porque a integralidade, como apresentada no texto constitucional, se trata de um conceito fluido, razão pela qual deve ser disciplinada a partir de outros instrumentos e princípios, sobretudo o da igualdade. Não se pode olvidar que o SUS se destina a toda a população brasileira (cerca de 207 milhões de pessoas). De tal sorte, nos dizeres de Lenir Santos (2018), “não se pode incorporar tecnologia que não tenha condições de ser garantida a todos os que dela necessitem, sem discriminação”⁶.

4 A Política Nacional de Medicamentos foi instituída pela Portaria n. 3.916/98 do Ministério da Saúde e tem por finalidades essenciais garantir a segurança, a eficácia e a qualidade dos medicamentos e, ainda, promover o seu uso racional.

5 A Política Nacional de Assistência Farmacêutica foi aprovada por meio da Resolução CNS n. 338/2004 e possui maior amplitude abrangendo políticas de medicamentos, ciência e tecnologia, desenvolvimento industrial, formação de recursos humanos, entre outras.

6 SANTOS, Lenir; CARVALHO, Guido Ivan de. **Sistema Único de Saúde: Comentários à Lei Orgânica da Saúde**. 5. ed., São Paulo: Saberes Editora, 2018, p. 128.

Fica evidente, assim, a importância do protocolo clínico como instrumento de política pública de saúde que, atendendo, a um só tempo, ao paciente, aos profissionais de saúde e ao gestor público, possibilita a real efetivação dos princípios constitucionais que regem tal direito fundamental. É errônea, portanto, a interpretação que extrai do inciso II do artigo 198, a noção de que o Estado deveria custear todo e qualquer medicamento de que os cidadãos venham a necessitar, visto que é o protocolo que delimita tal prestação.

Tudo que foi exposto demonstra, portanto, que os PDCTs são instrumentos de política pública, responsáveis por estabelecer o modo de enfrentamento de uma doença e, por extensão, fornecer meios ao planejamento da assistência farmacêutica do SUS. São, assim, verdadeiros planos de ação governamental. Veja-se, nesse sentido, o que leciona Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho (2010) acerca dos elementos fundamentais ao estabelecimento de uma política pública:

- a) são linhas de ação estatais, que conjugam meios para alcance de determinado resultado; b) devem, necessariamente, observar os parâmetros ditados pelas normas constitucionais; e, c) voltam-se para a implementação de direitos fundamentais que demandam ações estatais⁷.

Mais do que isso, é evidente a natureza jurídica do protocolo clínico como um verdadeiro ato administrativo, eis que nele se materializa a atuação do Estado em seu papel de ente responsável por assegurar aos cidadãos o direito fundamental à saúde.

Em tal ordem de ideias, pode-se afirmar que o protocolo clínico é um ato administrativo normativo, pois se trata de instrumento de observação obrigatória por parte dos gestores públicos (alínea II do artigo 19-N da Lei Federal nº 8.080/90, *in fine*), instituído por meio de portarias oficiais (Ministério da Saúde ou Secretarias de Saúde).

No entanto, impende registrar que não são apenas os gestores públicos do SUS que devem assegurar a estrita observação dos PDCTs. Considerando que são instrumentos que balizam a política estatal de saúde e ainda propiciam o regular e lícito gerenciamento dos recursos públicos desse setor, cumpre que todos os Poderes (inclusive o Judiciário) acolham tal estrita observância.

É o que observa Reynaldo Mapelli Júnior (2017)⁸ ao tratar das demandas judiciais individuais de saúde que questionem normas dos PDCTs:

7 COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas Públicas e Controle de Juridicidade**: vinculação às normas constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 98.

8 JÚNIOR, Reynaldo Mapelli. **Judicialização da Saúde**: regime jurídico do SUS e intervenção na

A única forma de se compatibilizar o direito individual com os princípios da universalidade, da igualdade (e/ou equidade) e da integralidade (sistêmica ou reguladas, segundo os procedimentos técnico-administrativos, inclusive os referentes à inclusão de tecnologias médicas pela CONITEC) é que as ações judiciais de tutela individual se restrinjam aos medicamentos e produtos tipicamente sanitários previstos nos programas do SUS. Aqui, no âmbito individual, o juízo de valor do julgador acerca da integralidade deve respeitar os parâmetros dos protocolos clínicos e relações de medicamentos (art. 19-M, I, LOS), da tipicidade das ações e serviços de saúde (arts. 2º, I, II e III, 3º e 4º, LC 141/12) e de obrigatório ingresso no SUS (arts. 20 e 28, Decreto 7.508/11), sob pena de violação do acesso universal e igualitário e dos planos de saúde (planejamento ascendente e interfederativo, com participação da comunidade), descumprindo-se o sistema legal de controle das verbas públicas sanitárias (LC 141/12).

Assim, é inquestionável o caráter impositivo das normas constantes do ato administrativo normativo/protocolo clínico.

Nesse ponto, portanto, impende observar que os protocolos oficiais acabam por constituir-se em atos discricionários, de tal sorte que o seu mérito (a saber, as escolhas feitas pelo Poder Público em sua elaboração) não deve, a princípio, ser objeto de apreciação jurisdicional.

Como se viu, na elaboração dos PDCTs deverá o ente público avaliar todos os aspectos do enfrentamento da doença e, norteado pelos citados critérios de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade, e de acordo com a metodologia da Medicina Baseada em Evidências, estabelecer um processo de tomada de decisão para realizar a escolha pertinente. É certo, contudo, que tal escolha não se dá de maneira arbitrária e inflexível.

De fato, os PDCTs são instrumentos profundamente científicos, elaborados por profissionais experientes e especializados que, em seu mister, observam todas as fases de criação de tal documento (estudo da literatura, construção do protocolo, testagem e revisão na prática, como já se citou). Além disso, os protocolos levam em conta as especificidades de cada doença e as diversidades de cada paciente (a chamada imprecisão probabilística das decisões médicas), estabelecendo (quando possível, obviamente) sucessivas linhas de atuação, caso o tratamento não obtenha o esperado sucesso.

Dessa forma, exsurge evidente o caráter extremamente técnico da elaboração de tal ato normativo. Por isso, sua criação deve tocar, exclusivamente, ao Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário, portanto, nele se imiscuir, sob

administração pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017, p. 176.

pena de afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes, estampado no artigo 2º da Constituição da República de 1988. Consoante leciona Caroline Muller Bitencourt (2013), “o conceito de política pública compreende inúmeras decisões coordenadas, e todas essas informações não estão disponíveis às razões de que se vale o Poder Judiciário em sua atuação”⁹.

Dito isso, não se pode admitir que, por meio de ações judiciais, se pretenda impor ao ente público o conteúdo de determinado protocolo clínico ou, mais ainda, a concessão de um tratamento em contrariedade ao quanto nele disposto. Isso porque, a uma, a política pública inserta em um protocolo clínico é o mérito daquele ato administrativo e, como tal, não admite sindicabilidade ou controle por parte do Judiciário; e, a duas, por tratar-se de ato administrativo, o protocolo clínico possui, além de seu natural caráter normativo, presunção de legitimidade.

A insindicabilidade do mérito dos atos administrativos já é questão há muito presente na teoria administrativista brasileira. Em 29 de abril de 2004, o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão monocrática da lavra do Ministro Celso de Mello¹⁰, estabeleceu que tal controle somente seria possível em hipóteses de ilegalidade e irrazoabilidade. Em tal decisão, restou asseverado que há limites que devem ser observados quando de eventual intervenção do Poder Judiciário em sede de concreção de políticas públicas. É o que se lê no excerto a seguir:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder

9 *Op. cit.*, p. 275.

10 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45

Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Nota-se, portanto, que somente seria possível admitir tal intervenção quando os órgãos estatais competentes restassem omissos no seu dever de elaborar e executar a pertinente política pública de saúde, ou, ainda, quando agissem de forma a comprometer a eficácia e a integridade dos direitos constitucionalmente assegurados.

A doutrina pátria igualmente manifesta que o controle jurisdicional é permitido somente quando houver total irrazoabilidade da política estatal adotada. É o que leciona Ada Pellegrini Grinover (2010):

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada¹¹.

Entretanto, em 7 de junho de 2017, o Superior Tribunal de Justiça também se debruçou sobre tal questão, lançando-lhe novos olhares ao adotar o enfoque da denominada Doutrina *Chenery*.

Como é sabido, tal doutrina leciona que há hipóteses em que as decisões administrativas apresentam tamanho grau de sofisticação e de tecnicidade que, por ausência de igual *expertise*, não possui o Poder Judiciário qualquer possibilidade de impor a adoção de um entendimento diverso.

Na decisão citada, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da relatoria da Ministra Laurita Vaz¹², enfrentou a questão do reajuste das tarifas cobradas de usuários da integração entre metrô, trens e ônibus municipais em terminais metropolitanos da Grande São Paulo. Na ocasião, restou reconhecido o caráter eminentemente técnico da decisão adotada pelo ente público questionado na demanda, restando asseverado o que ora se colaciona:

No entanto, conforme leciona Richard A. Posner, o Judiciário esbarra na dificuldade de concluir se um ato administrativo cuja motivação alegadamente

11 GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010.

12 AgInt no AgInt na Suspensão Liminar e de Sentença n. 2.240 - SP (2017/0011208-5).

política seria concretizado, ou não, caso o órgão público tivesse se valido tão somente de metodologia técnica. De qualquer forma, essa discussão seria inócua, pois, segundo a doutrina *Chenery* – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a *expertise* para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos.

Observa-se, assim, o nítido posicionamento adotado pela Corte no sentido de observar e preservar o mérito das decisões administrativas, tendo o acórdão asseverado ainda que “as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário”¹³.

Nesse sentido, tem-se que a Doutrina *Chenery* pode oferecer importante subsídio à preservação das decisões administrativas, em face de eventuais questionamentos judiciais em matéria de saúde pública e de protocolos clínicos oficiais. Isso porque, como se vem demonstrando, as decisões constantes dos PDCTs são eminentemente técnicas, científicas e complexas, não se podendo admitir, portanto, que o Poder Judiciário imponha ao Poder Executivo posicionamentos divergentes.

No intuito de demonstrar o tamanho grau de complexidade que envolve a formulação dos PDCTs, cumpre observar o exemplo do Distrito Federal. Em tal unidade federada, foi criado um órgão permanente – a Comissão Permanente de Protocolos de Atenção à Saúde (CPPAS) – cuja finalidade é orientar a elaboração, a revisão e a implementação dos protocolos assistenciais nas diversas áreas e níveis de atenção à saúde pública.

Trata-se de comissão multidisciplinar composta por um Presidente e um Primeiro Suplente da Subsecretaria de Atenção Integral à Saúde e por membros das seguintes áreas: Coordenação de Pesquisa e Comunicação Científica (CPECC/ESCS/FEPECS/SES-DF), Coordenação de Atenção Primária à Saúde (SAIS/SES-DF), Coordenação de Atenção Especializada à Saúde (SAIS/SESDF), Coordenação de Redes e Integração de Serviços, Diretoria de Assistência Farmacêutica (DIASF/SAIS/SES-DF) e Assessoria Jurídico-Legislativa (AJL/SES). A Comissão poderá contar também com consultores *ad hoc* para a emissão de parecer técnico e especializado sobre tema singular, visando garantir o pluralismo da comissão.

13 *Op. cit.*

Não bastasse o grau de competência e de especialização de tais profissionais, cumpre registrar que, após elaborado, o protocolo permanece disponível no site da Secretaria de Saúde do Distrito Federal para sugestões dos profissionais das áreas e instituições interessadas, sendo submetido também à consulta pública.

Do exposto deflui, portanto, que a elaboração de um protocolo constitui um trabalho minucioso, ordenado, planejado e exaustivo, sendo certo que são necessários, no mínimo, 18 meses para sua criação.

Em tal cenário, como se pode permitir que o órgão jurisdicional contrarie as disposições de um protocolo clínico, determinando a concessão de medicamentos diversos daqueles previstos no instrumento oficial? Ou, ainda, que ele próprio estabeleça as disposições que deverão constar de um protocolo clínico? Tais decisões, repita-se, são técnicas, sendo verdadeiro mérito do ato administrativo, e, como tais, deverão ser observadas e preservadas.

As decisões oficiais constantes nos PDCTs pressupõem a exigência de amplo conhecimento técnico e científico. Como se vem demonstrando, são realizados diversos estudos de custo-benefício, variação terapêutica, revisão de literatura, entre outros, além de serem consideradas as opiniões de especialistas, ensaios clínicos randomizados, estudos de casos, etc.

Para estabelecer uma política de saúde de enfrentamento da doença que seja realmente efetiva, os PDCTs devem elaborar uma estratégia abrangente, especificando, de forma técnica e minuciosa: os critérios de diagnóstico da moléstia (podendo ser subdivididos em análise clínica, laboratorial ou por imagem); os critérios de exclusão e de inclusão do paciente no protocolo; as opções de tratamento para todas as fases evolutivas da doença (sejam farmacológicos, não farmacológicos ou cirúrgicos); os nomes dos fármacos que deverão ser ministrados ao paciente; o esquema de administração (as doses terapêuticas recomendadas, as vias de administração, entre outros); o tempo de tratamento; os resultados ou benefícios esperados; a forma de monitorização da resposta terapêutica; os eventuais acompanhamentos pós-tratamento; além de outras observações. Tudo isso sem descuidar, como se viu, da necessária aplicação dos princípios da universalidade, da equidade e da integralidade. Assim, é evidente o grau de sofisticação e de tecnicidade das decisões administrativas adotadas durante a elaboração dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

Nesse cenário, a ampla difusão da Doutrina *Chenery* no seio do Poder Judiciário pode representar um grande contributo à preservação do sistema público de saúde. Oriunda do direito anglo-saxão, tal abordagem postula que os atos discricionários ou governamentais, elaborados a partir de prévias

pesquisas e estudos técnicos conduzidos por especialistas, devem ter seu conteúdo estritamente observado pelos órgãos jurisdicionais.

Não se defende, porém, uma observação irrestrita. Por certo, os controles formais e legais devem ser privilegiados, eis que vivemos em um Estado Democrático de Direito. A atuação estatal, em sede de elaboração de políticas públicas, sempre deverá atender aos parâmetros estabelecidos pelas normas constitucionais - disso o administrador público jamais pode se afastar. Além disso, sobretudo em sede de saúde pública, as ações e programas estatais sempre deverão ser erigidos em atenção à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil (inciso III do artigo 1º da Constituição Federal).

Entretanto, é de se considerar que o conteúdo dos PDCTs é de elaboração técnica e especializada. Diante disso, urge que se reconheça a total ausência de *expertise* por parte dos juízes e tribunais para interferir em tais escolhas administrativas.

A doutrina vem asseverando, insistentemente, tal impossibilidade, aduzindo Reynaldo Mapelli Júnior (2017)¹⁴ que as ações civis públicas que pretendam discutir protocolos clínicos devem, necessariamente, buscar obter a prévia manifestação do respectivo órgão técnico executivo:

Nesse sentido, o melhor a se fazer é requerer administrativamente a criação ou a alteração do protocolo clínico junto à CONITEC, segundo o procedimento administrativo de inclusão de tecnologia no SUS (arts. 19-Q e 19-R, LOS, e Decreto 7.646/2011), não existindo, ao menos em princípio, justificativa para a intervenção do Poder Judiciário (falta de interesse de agir, uma das condições da ação civil, segundo o direito processual civil). Somente quando o procedimento apresentar falhas formais (por exemplo, não cumprimento do prazo legal de conclusão), seu Parecer Técnico-Científico (PTC) for comprovadamente equivocado (lembre-se: se fundamentar regular opção administrativa baseada em evidência científica, há que prevalecer, por respeito à discricionariedade administrativa de padrão técnico) ou não existir a padronização do tratamento no SUS, é que a via judicial se mostra admissível, mediante o ajuizamento de ação civil pública.

Não se deve olvidar, outrossim, que o protocolo oficial é um ato administrativo. Em tal ordem de ideias, quando restar demonstrado que a decisão administrativa dele constante seguiu estritamente os pertinentes parâmetros técnicos, cumprirá reconhecer que tal ato está acobertado pelas presunções de legitimidade e de veracidade.

14 *Op. cit.*, p. 178.

Em outras palavras, cumpre que se reconheçam a validade e a veracidade das conclusões e posturas recomendadas pelos protocolos oficiais e diretrizes terapêuticas. Tratam-se de políticas públicas de saúde cuidadosamente estabelecidas por órgãos técnicos especializados e multidisciplinares, precedidas por diversos estudos clínicos, de casos e da literatura médica. Mais ainda, são instrumentos em que se preconiza a aplicação da melhor evidência científica a todos os cidadãos (observados, repita-se, os princípios da universalidade, equidade e integralidade), buscando sempre preservar a eficácia, a eficiência, a segurança e a efetividade dos medicamentos indicados.

Não se pode, portanto, pretender que os órgãos jurisdicionais, fundados em únicas, e, por vezes, isoladas prescrições médicas, contrariem os protocolos oficiais (e, por extensão, toda uma política pública), a fim de assegurar o direito à saúde a um único paciente.

É bastante comum o caso de determinações judiciais que, contrariando as disposições constantes dos PDCTs, concedem o fornecimento de medicamentos com custo bastante superior ao dos fármacos fornecidos pelo SUS, a despeito da idêntica eficácia. É evidente, nesse caso, a total ausência de ponderações acerca do custo-efetividade em tais decisões.

Nesse ponto, vale trazer à colação as normas estabelecidas pelo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no sentido de que os órgãos jurisdicionais devem observar as consequências práticas de suas decisões. Tal norma trata-se de expresse reconhecimento que as decisões proferidas pelos juízes e tribunais geram efeitos que vão além da relação jurídicoprocessual em exame, possuindo nítido reflexo na atividade econômica¹⁵.

De fato, segundo a denominada teoria do consequencialismo judicial, o Juiz deve sempre avaliar o impacto de suas decisões no orçamento da unidade federada e, sobretudo, verificar se tal impacto será proporcional aos benefícios eventualmente causados ao paciente. A tal respeito, pondera Tatiana Couto Nunes (2012) que:

o consequencialismo é o exercício prognóstico realizado pelo magistrado (ou que deve ser realizado) quanto às consequências da decisão proferida no mundo sensível, não só com relação às partes envolvidas na contenda, mas à sociedade como um todo¹⁶.

15 COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, out. 1960.

16 NUNES, Tatiana Couto. A Sinépica como Mecanismo de Eficácia das Decisões Judiciais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **A eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, 2012, p. 17-37.

Em síntese, tem-se que é inegável que os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas são importantes instrumentos das políticas públicas de saúde, constituindo verdadeiros atos administrativos normativos de obrigatoria observância não só por parte dos gestores públicos, senão também por todos os integrantes dos poderes da República. Além disso, são atos de elevado grau de tecnicidade e cientificidade, produto de um complexo processo de formulação. Assim, considerado o inquestionável impacto econômico das decisões prolatadas pelos juízes e tribunais, devem-se adotar como fundamento os ensinamentos da Doutrina *Chenery* e, assim, reconhecer a insindicabilidade do mérito dos PDCTs por parte do Poder Judiciário, pois é evidente sua ausência de *expertise* para impor entendimentos ou posicionamentos diversos dos adotados pelo Poder Executivo.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Muller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, out. 1960.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas Públicas e Controle de Juridicidade**: vinculação às normas constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010.

JÚNIOR, Reynaldo Mapelli. **Judicialização da Saúde**: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.

NUNES, Tatiana Couto. A Sinéptica como Mecanismo de Eficácia das Decisões Judiciais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **A eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, 2012.

SANTOS, Lenir; CARVALHO, Guido Ivan de. **Sistema Único de Saúde**: Comentários à Lei Orgânica da Saúde. 5. ed., São Paulo: Saberes Editora, 2018.

REGIÃO INTEGRADA DE DESENVOLVIMENTO DO DF E ENTORNO – RIDE E REGIÃO METROPOLITANA DE BRASÍLIA: A ASSIMETRIA ENTRE OS ENTES IMPACTA NEGATIVAMENTE A COOPERAÇÃO?

DEVELOPMENT INTEGRATED REGION OF THE FEDERAL DISTRICT AND SURROUNDINGS AREAS (RIDE) AND BRASÍLIA METROPOLITAN REGION: DOES THE ASYMMETRY AMONG THE ENTITIES AFFECTS THEIR COOPERATION NEGATIVELY?

Fernando José Longo Filho¹

RESUMO: Este ensaio tem como propósito identificar a razão do baixo grau de articulações interinstitucionais (articulação com outro ente federativo mediante consórcio público) entre os integrantes da RIDE-DF e da RMB. A suposição é que esse baixo grau tenha como fundamento a assimetria entre os diversos atores pertencentes a RIDE-DF e a RMB. Essa hipótese tem explicação teórica na existência dos custos de transação que envolvem a formação dessas articulações interinstitucionais e na teoria dos jogos. Dessa maneira, primeiramente será demonstrado o baixo grau de articulação interinstitucional do Distrito Federal e dos municípios integrantes da RIDE-DF, a partir da utilização do indicador do IBGE sobre o tema. Em seguida, será desenvolvida a noção da assimetria entre os entes como custo de transação e o motivo da baixa articulação interinstitucional. Por último, o impacto das assimetrias nas articulações interinstitucionais será compreendido por meio da teoria dos jogos.

Palavras-chave: Região Metropolitana. Assimetria. Teoria Institucionalista. Teoria dos jogos.

Recebido em: 29/03/2019 **Aceito em:** 10/06/2019

ABSTRACT: This essay has the purpose of identifying the reason for the low level of interinstitutional articulations (articulation with another federative entity through a public consortium) among the entities of RIDE-DF and RMB. The assumption is that this low level has its grounds in the asymmetry among the multiple players from RIDE-DF and RMB. This hypothesis has theoretical explanation in the existence of the transaction costs that involve the formation of these interinstitutional articulations and in the game theory. Therefore, first, it will be showed the low level of interinstitutional articulation of

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Procurador do Distrito Federal. E-mail: fernando.longo@pg.df.gov.br e fjlongofh@gmail.com.

Federal District and municipalities belonging to RIDE-DF, using the IBGE indicator about the subject. Then, it will be developed the notion of asymmetry between the entities as a transaction cost, and the reason for the low interinstitutional articulation. At last, the impact of the asymmetry in the interinstitutional articulations will be studied through the game theory.

Keywords: Metropolitan Region. Asymmetry. Institutional Theory. Game Theory.

Received in: 29/03/2019 **Approved in:** 06/10/2019

1 INTRODUÇÃO

As relações do Distrito Federal com os municípios vizinhos têm-se tornado cada vez mais complexas. O caso do Distrito Federal e sua área metropolitana apresenta especificidades dada à sua condição de ente político *sui generis*, que desfruta das competências de Estado membro e município, além da proibição constitucional de divisão em municípios (art. 32 da CF).

Na redação aprovada do Estatuto das Metrôpoles pelo Congresso Nacional, havia uma disciplina própria para o Distrito Federal prevista no art.19, o qual atestava que o Distrito Federal poderia integrar a Região Metropolitana a ser criada por outro Estado, mediante aprovação de lei distrital:

Art. 19. Respeitada a vedação de divisão em Municípios estabelecida no **caput** do art. 32 da Constituição Federal, o Distrito Federal poderá integrar região metropolitana ou aglomeração urbana, aplicando-se a ele o disposto no art. 4º e nas demais disposições desta Lei.

Entretanto, esse artigo foi objeto de veto, ao fundamento de que a dimensão metropolitana do Distrito Federal deve ser regulada por meio da Região Integrada de Desenvolvimento Econômico (RIDE), prevista no art.43 da Constituição Federal. Algumas razões para o veto:

Ao tratar de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, a Constituição faz referência, em seu art. 25, § 3º, a agrupamento de Municípios. Neste sentido, as inclusões no escopo do Estatuto da Metrôpole de território de um único Município isolado e do Distrito Federal não encontrariam amparo constitucional. Em relação ao Distrito Federal, o instrumento de cooperação federativa adequado é a Região Integrada de Desenvolvimento Econômico - RIDE, prevista no art. 43 da Constituição. Está já foi, inclusive, criada pelo Decreto nº 2.710, de 4 de agosto de 1998 – substituído pelo Decreto nº 7.469, de 4 de maio de 2011 – que regulamenta a Lei Complementar nº 94, de 19 de fevereiro de 1998.

Em 1998, foi criada a Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno (RIDE) por meio da Lei Complementar nº 94/1998², abrangendo municípios pertencentes aos Estados de Goiás e de Minas Gerais, além de Brasília. Apesar da existência da RIDE, afirma-se que a Área Metropolitana de Brasília (AMB) é um território menor que se encontra inserido na RIDE³ e sem marco legal institucional.

É importante assinalar que mesmo a definição sobre qual é o território metropolitano de Brasília é alvo de disputas entre o IBGE e a CODEPLAN (Companhia de Planejamento do Distrito Federal), conforme se verifica pela divergência relativa aos municípios que integrariam o território metropolitano de Brasília⁴:

“(…)

O **Arranjo Populacional de Brasília** foi definido pelo IBGE como a aglomeração urbana formada pelo Distrito Federal e 10 municípios goianos: Águas Lindas, Cidade Ocidental, Cocalzinho, Luziânia, Mimoso de Goiás, Novo Gama, Padre Bernardo, Planaltina de Goiás, Santo Antônio do Descoberto e Valparaíso (Figura 1). Essa delimitação coincide em parte com a assim denominada **Área Metropolitana de Brasília (AMB)**, definida pela Nota Técnica no 1/2014 da Codeplan e constituída pelo Distrito Federal e 12 municípios goianos (Figura 2). Contudo, não consta na AMB o município de Mimoso de Goiás, incluído pelo IBGE no Arranjo Populacional de Brasília, mas são considerados na AMB os municípios de Formosa, Alexânia e Cristalina, não incluídos pelo IBGE.

(…)”

Essa divergência entre agências oficiais expõe a complexidade da definição da área de uma Região Metropolitana ao evidenciar que mesmo delimitações de ordem técnica estão sujeitas a discussão e fragilidade. De qualquer sorte, a evidência empírica contrasta com os argumentos do veto ao art.19 do Estatuto das Metrôpoles, na medida em que a RIDE opera em outra escala de ordenamento territorial que, dada à sua abrangência, não é a metropolitana.

A inadequação da RIDE para o planejamento e a gestão da área metropolitana de Brasília está demonstrada pela nova redação dos art. 3º e 4º do

2 A recente Lei Complementar nº 163/2018 incluiu novos municípios na RIDE.

3 LARA, Henrique. Brasília, uma cidade centenária. **Companhia de Planejamento do Distrito Federal**, Brasília, TD – n. 13, p. 28, 2016.

4 **O aglomerado metropolitano de Brasília nos indicadores do IBGE**. Brasília: CODEPLAN, 2018. (Nota Técnica).

Estatuto das Metr poles e conferida pela Medida Provisória n  862/2018⁵, que, de certa maneira, restaura a sistemática prevista no art. 19 que foi vetado.

Embora RIDE e RMB (Região Metropolitana de Brasília) sejam categorias jurídicas distintas, padecem do mesmo problema de a o institucional coletiva, isto  , de como promover cooperativamente decisões vinculantes entre entes que gozam de autonomia constitucional. No caso da RIDE-DF, esse problema se agrava, pois, além da União, do Distrito Federal e dos 33 municípios, os Estados de Minas Gerais e Goiás também são integrantes.

A categoria teórica da a o institucional coletiva fornece um sistema teórico para compreender um sistema metropolitano de governança sem governo metropolitano, isto  , como a coopera o entre Estado e Municípios pode ser alcançada. Tal a o provê a “cola” que junta os entes, cujo poder decisório   disperso e fragmentado⁶. Cada vez mais tem-se adotado o enfoque da a o coletiva institucional para explicar as rela es federativas⁷.

5 Art. 3  Os Estados, mediante lei complementar, poderão instituir regiões metropolitanas e aglomera es urbanas, constituídas por agrupamento de Municípios limítrofes, para integrar a organiza o, o planejamento e a execu o de fun es públicas de interesse comum.   1  O Estado e os Municípios inclusos em região metropolitana ou em aglomera o urbana formalizada e delimitada na forma do **caput** deste artigo deverão promover a governança interfederativa, sem prejuizo de outras determina es desta Lei.   2  A cria o de uma região metropolitana, de aglomera o urbana ou de microrregião deve ser precedida de estudos técnicos e audiências públicas que envolvam todos os Municípios pertencentes   unidade territorial.   3  O Distrito Federal poderá integrar região metropolitana com Municípios limítrofes ao seu território, observadas as regras estabelecidas neste Capítulo para a sua institui o. Art. 4o A institui o de região metropolitana ou de aglomera o urbana que envolva Municípios pertencentes a mais de um Estado será formalizada mediante a aprova o de leis complementares pelas assembleias legislativas de cada um dos Estados envolvidos.   1  Até a aprova o das leis complementares previstas no caput por todos os Estados envolvidos, a região metropolitana ou a aglomera o urbana terá validade apenas para os Municípios dos Estados que já houverem aprovado a respectiva lei.   2  A institui o de região metropolitana ou de aglomera o urbana que envolva municípios limítrofes ao Distrito Federal será formalizada por meio da aprova o de lei complementar pela assembleia legislativa do Estado envolvido e pela Câmara Legislativa do Distrito Federal.   3  Poderão ser includos na região metropolitana ou na aglomera o urbana, criadas nos termos estabelecidos no **caput** do art. 3 , Municípios que sejam limítrofes a, no mínimo, um daqueles que já a integrem ou ao Distrito Federal, quando for o caso.

6 FEIOCK, Richard C. Introduction: Regionalism and Institutional Collective Action. In: FEIOCK, Richard C. (editor). **Metropolitan Governance: conflict, competition and cooperation**. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, pos. 101.

7 FEIOCK, Richard C. SCHOLZ, John T. (editors) *Self-organizing Federalism. Collaborative mechanisms to mitigate institutional collective actions dilemmas*. New York: Cambridge University Press, 2010. LEVY, Richard E.. Federalism and collective action. In 45 U. Kan. L. Ver. 1241 1996-1997 Hein Online, downloaded in Apr 24 2015. SIEGEL, Neil S. *Collective action federalism and its discontents*. In 91 Tex. L. Ver. 1937 2012-2013 Hein Online, downloaded Apr 24 2015. HUQ, Aziz Z.. *Does the logic of collective action explain federalism doctrine?* In 66 Stan. L. Rev. 217 2014 Hein Online, downloaded in Apr 24 2015. FOSTER, Sheila R. *Collective action and the urban commons*. In 87 Notre Dame L. Ver. 57 2011-2012 Hein Online, downloaded in Apr. 24 2015.

Assim, este ensaio tem como propósito identificar a razão do baixo grau de articulações interinstitucionais entre os integrantes da RIDE-DF e da RMB. A suposição é que esse baixo grau tenha como fundamento a assimetria entre os diversos atores da RIDE-DF e da RMB. Essa hipótese tem explicação teórica na existência dos custos de transação que envolvem a formação dessas articulações interinstitucionais e na teoria dos jogos.

Dessa maneira, primeiramente será demonstrado o baixo grau de articulação interinstitucional do Distrito Federal e dos municípios integrantes da RIDE-DF, a partir da utilização do indicador do IBGE sobre o tema. Em seguida, será desenvolvida a noção da assimetria entre os entes como custo de transação e o motivo da baixa articulação interinstitucional. Por último, o impacto das assimetrias nas articulações interinstitucionais será compreendido por meio da teoria dos jogos.

2 A BAIXA ARTICULAÇÃO INTERINSTITUCIONAL NA RIDE-DF: UM ESTUDO A PARTIR DO ÍNDICE DE ARTICULAÇÃO INTERINSTITUCIONAL DO IBGE

Os consórcios públicos, ao lado dos convênios, foram escolhidos pelo Constituinte como os grandes instrumentos de cooperação federativa, a fim de superar a fragmentação que prejudica a prestação de serviços públicos de modo associado⁸. Para aferir o grau de utilização dos consórcios públicos na gestão associada de serviços públicos, a MUNIC (Pesquisa de Informações Básicas Municipais) realizou uma coleta de dados relativos à existência de tais consórcios nas áreas de educação, saúde, turismo, cultura, habitação, meio ambiente, transporte e desenvolvimento urbano.

A partir desses dados, pode-se constatar o baixo grau de articulação interinstitucional entre os integrantes da RIDE-DF, dentre os quais alguns também integrarão a futura RMB. Na Tabela 1 abaixo, constata-se o número de municípios do Brasil, do Estado de Goiás, do Estado de Minas Gerais e do Distrito Federal que são enquadrados pela MUNIC como um Município.

8 Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

TABELA 1 – Número de municípios (unidades) – Ano 2015 - Fonte: IBGE - MUNIC

Brasil	5570
Minas Gerais	853
Goiás	246
Distrito Federal	1

Nessa tabela, pode-se dimensionar a ausência de importância da RIDE para os Estados de Goiás e Minas Gerais. Goiás conta com 246 municípios, dos quais apenas 29 integram a RIDE-DF, isto é, não se atinge sequer o percentual de 10% dos municípios. Em Minas Gerais, a disparidade é ainda maior, na medida em que o Estado tem 853 municípios, dos quais apenas 4 pertencem a RIDE-DF. Assim, como a pressão por serviços públicos é no Distrito Federal e não nas capitais dos Estados – Goiânia e Belo Horizonte -, Goiás e Minas Gerais não demonstram interesse na articulação interinstitucional, conforme se verá.

Na Tabela 2, encontra-se um dado relevante que se refere ao número de articulações interinstitucionais possíveis. Como foram 8 áreas pesquisadas, nas quais é possível a participação em consórcios públicos intermunicipais, com o Estado e com a União, cada município tem a possibilidade de participar de 24 articulações interinstitucionais, o que é obtido pela multiplicação de 8 (áreas) por 3 (modos de consórcios).

TABELA 2 – Número de articulações interinstitucionais possíveis entre os municípios e os entes federativos (unidades) – Ano 2015 – Fonte: IBGE - MUNIC

Brasil	133.680
Minas Gerais	20.472
Goiás	5.904
Distrito Federal	24

Conforme se verifica, o número de possibilidades é enorme, o que revela o potencial de criação de uma rede de articulações interinstitucionais para a prestação de serviços públicos de maneira associada. Somente o Distrito Federal pode participar em 24 articulações interinstitucionais, embora esse potencial não se concretize, como fica evidenciado na Tabela 3 abaixo. O número de consórcios públicos celebrados é muito baixo quando comparado com a capacidade potencial.

TABELA 3 – Número de articulações interinstitucionais existentes entre o município e os entes federativos (unidades) – Ano 2015 – Fonte: IBGE - MUNIC

Brasil	6.511
Minas Gerais	1.304
Goiás	75
Distrito Federal	1

O contraste entre a capacidade potencial e o número de consórcios existentes salta aos olhos. Na Tabela 4, encontra-se o percentual de articulações interinstitucionais existentes em relação ao total possível de articulações.

TABELA 4 – Proporção de articulações interinstitucionais existentes em relação às possíveis entre o município e os entes federativos (%) – Ano 2015 – Fonte: IBGE – MUNIC

Brasil	4,9
Minas Gerais	6,4
Goiás	1,3
Distrito Federal	4,2

Analisando a Tabela 4, apura-se que o Estado de Minas Gerais possui um percentual ainda muito baixo (6,4%). O resultado do Estado de Goiás é praticamente insignificante (1,3%). Já o Distrito Federal tem percentual de apenas 4,2%.

Todavia, os municípios da RIDE-DF não representam um universo significativo em Goiás e Minas Gerais, como já restou assinalado acima. Dessa maneira, esses dados poderiam falsear a existência de um número elevado de articulações interinstitucionais entre os integrantes da RIDE-DF. Para elidir essa dúvida, consultou-se a base de dados da MUNIC por meio da pesquisa de cada município. Enquanto os dados e índices anteriores já se encontravam compilados e construídos pela MUNIC, permitindo a consulta por Estados, o acesso aos dados dos integrantes da RIDE-DF teve que ser feita pela consulta do perfil de cada município na MUNIC, pesquisando-se o número indicado de articulações interinstitucionais.

A pesquisa da MUNIC sobre articulação interinstitucional por município abrange um universo maior, envolvendo as áreas de Saúde, Assistência e Desenvolvimento Social, Turismo, Cultura, Habitação, Meio Ambiente, Transporte, Desenvolvimento Urbano, Saneamento Básico, Gestão das Águas e Manejo de resíduos sólidos. Na Tabela 5, encontra-se o número de consórcios públicos celebrados por cada município, considerando todas as áreas acima,

e as três modalidades de articulações interinstitucionais possíveis mediante esses consórcios (intermunicipal, com o Estado e com a União).

TABELA 5 – Número de consórcios públicos dos Municípios integrantes da RIDE – Ano 2015 – Fonte: IBGE - MUNIC

Abadiânia de Goiás	1
Água Fria de Goiás	0
Águas Lindas de Goiás	2
Alexânia	0
Alto Paraíso de Goiás	1
Alvorada do Norte	1
Arinos	1
Barro Alto	2
Buritis	1
Cabeceira Grande	1
Cabeceiras	1
Cavalcante	1
Cidade Ocidental	2
Cocalzinho de Goiás	2
Corumbá de Goiás	2
Cristalina	2
Flores de Goiás	0
Formosa	0
Goianésia	1
Luziânia	0
Mimoso de Goiás	2
Niquelândia	1
Novo Gama	0
Padre Bernardo	2
Pirenópolis	0
Planaltina	1
Santo Antônio do Descoberto	2
São João d'Aliança	1
Simolândia	1
Unaí	1
Valparaíso de Goiás	2
Vila Boa	1
Vila Propício	1

Os resultados da Tabela 5 também demonstram um baixíssimo grau de articulação interinstitucional entre os integrantes da RIDE-DF, o que aponta

para a inexistência de uma rede de articulações para a prestação de serviços públicos de maneira associada entre os entes da federação integrantes tanto da RIDE-DF quanto da futura RMB. A suposição é que a assimetria entre Distrito Federal e os demais municípios da RIDE-DF prejudica a formação de articulações interinstitucionais mediante consórcios públicos.

3 A ASSIMETRIA NAS ARTICULAÇÕES INTERINSTITUCIONAIS COMO CUSTO DE TRANSAÇÃO

As instituições desempenham um fator relevante no desenvolvimento das nações e países⁹. Por instituições, entende-se “as restrições humanas criadas que moldam a interação humana”¹⁰. E por que valer-se desse conceito? Em razão de o foco no estudo das instituições ser a investigação sobre quais as condições em que existe **cooperação voluntária**, sem a solução Hobbesiana de imposição de uma medida estatal para criar soluções cooperativas¹¹.

North (1990) aponta as limitações da teoria dos jogos para explicar a cooperação e o desenvolvimento das instituições, na medida em que existe um imenso espaço entre o preciso e limpo mundo da teoria dos jogos e a complexa, imprecisa e atrapalhada maneira em que se desenvolve a interação humana¹². Aponta ainda que a cooperação em um jogo é difícil de manter-se quando este não é repetido (ou há um jogo sem fim), quando há um número grande de jogadores e quando não há informação suficiente sobre eles¹³, condições sob as quais acontece a maioria das interações impessoais.

Por esse motivo, um pré-requisito para a construção de uma teoria das instituições é a separação entre o agir estratégico dos atores envolvidos e as regras institucionais¹⁴. Desse modo, a análise do impacto da assimetria nas articulações interinstitucionais dos integrantes da RIDE-DF terá esse duplo enfoque: teoria institucionalista e teoria dos jogos.

9 ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da riqueza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

10 Tradução nossa livre do inglês “*are the humanly devised constraints that shape human interaction*”. In: NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge University Press, 1990, pos. 107.

11 *Ibid.*, pos. 330.

12 *Ibid.*, pos. 350.

13 *Ibid.*, pos. 293.

14 *Ibid.*, pos. 155.

Sob o enfoque da teoria das instituições, North (1990) se vale do conceito de custos de transação, que consiste nos custos de mensuração dos atributos valiosos do que está sendo trocado e os de proteção de direitos e garantia de cumprimento de acordos. Afirma que esses custos são a fonte das instituições sociais, políticas e econômicas¹⁵. Os custos de transação impactam negativamente a gestão e o planejamento dos territórios da RMB e da RIDE-DF. Segundo a grande maioria da literatura, a assimetria entre os entes representa um custo de transação porque embaraça a viabilização de cumprimento dos acordos cooperativos formais e informais, bem como dificulta a definição sobre o que e como cooperar.

Gustavo Machado (2007) indica a assimetria entre os entes de uma Região Metropolitana como um desses custos de transação, sob o fundamento de que as disparidades econômicas e populacionais constituem empecilhos à cooperação¹⁶. Já de acordo com Steinacker (2004), a assimetria entre os municípios de uma Região Metropolitana afeta a cooperação, na medida em que os entes mais fracos podem vislumbrar acordos como um mecanismo de exploração sem representar ganho algum¹⁷.

Gouvêa (2005) articula também a assimetria entre os municípios das Regiões Metropolitanas como um fator que impede ou dificulta a cooperação, dando destaque para o frequente imperialismo que o Município Polo exerce sobre os demais em razão da sua capacidade financeira¹⁸. Argumenta ainda que os “megamunicípios têm-se mostrado muito grandes para os pequenos problemas da vida urbana e muito pequenos para os grandes problemas da comunidade metropolitana”¹⁹. Formula então a polêmica e intrigante proposta de dividir esses megamunicípios em várias municipalidades a fim de viabilizar

15 *Ibid.*, pos. 591.

16 MACHADO, Gustavo Gomes. **O ente metropolitano**. Custos de transação na gestão da Região Metropolitana de Belo Horizonte e no Consórcio do Grande ABC – os modelos compulsório e voluntário comparados. 2007. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007, p. 20.

17 STEINACKER, Annete. Game-Theoretic models of metropolitan cooperation. In: FEIOCK, Richard C. (editor). **Metropolitan Governance: conflict, competition and cooperation**. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, pos. 657.

18 GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. **A questão metropolitana no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 143-144.

19 *Ibid.*, p. 142.

um governo local mais próximo do eleitor e favorecer a cooperação entre os entes, que passariam a guardar certa simetria²⁰.

Oakerson (2004) expõe que, em modelos de governança metropolitana, tende-se a encontrar um estilo mais consensual do que litigioso de política, motivo pelo qual seria necessário certo grau de homogeneidade entre as municipalidades²¹. Nessa perspectiva, Post (2004) esclarece que entes homogêneos tendem mais à cooperação porque os interesses e aspirações são mais facilmente canalizáveis para um propósito comum; logo, entes mais heterogêneos têm mais dificuldade em gerar acordos²².

No caso da RMB e da RIDE-DF, Brasília é o “megamunicípio”, o qual não pode ser dividido em municipalidades em razão de expressa vedação constitucional e que apresenta grandes disparidades com os municípios integrantes da RIDE-DF. Para demonstrar essa disparidade, utilizaram-se três indicadores: o número de habitantes, o PIB (Produto Interno Bruto) e o IDHM (Índice de Desenvolvimento Humano Municipal). O número de habitantes é representativo, pois indica o grau de economia de escala que um ente possui e o outro não, assim como a existência de uma maior população aponta para uma heterogeneidade e complexidade maior na formulação e execução de políticas públicas. Em relação ao IDHM, a presunção é que indicadores mais elevados também se traduzem em uma sociedade mais escolarizada e, portanto, mais complexa e heterogênea. Quanto ao emprego do PIB, é o indicador da diferença econômica que se traduz nas diferenças de capacidade de negociação de acordos cooperativos. A Tabela 6 abaixo contém esses dados.

20 Ibid., p. 141-145.

21 OAKERSON, Ronald J. The study of metropolitan governance. In: FEIOCK, Richard C. (editor). *Metropolitan Governance: conflict, competition and cooperation*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, pos. 488.

22 POST, Stephainie S. Metropolitan area governance and institutional collective action. In: FEIOCK, Richard C. (editor). **Metropolitan Governance: conflict, competition and cooperation**. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, pos. 963.

TABELA 6 – Assimetrias entre Brasília e os municípios integrantes da RIDE-DF

Unidade territorial	População (Fonte: IBGE – estimativa 2018)	PIB (Fonte: IBGE – Ano 2016) – X 1000 R\$	IDHM (Fonte: IBGE – Ano 2010)
Brasília	2.974.703	235.497.106,59	0,824
Alexânia	27.288	1.400.948,24	0,682
Alto Paraíso de Goiás	7.558	160.142,72	0,713
Alvorada do Norte	8.614	112.650,83	0,660
Arinos	17.888	204.199,16	0,656
Barro Alto	10.922	794.970,09	0,742
Buritís	24.663	668.722,81	0,672
Cabeceira Grande	6.909	186.136,47	0,648
Cabeceiras	7.939	271.087,56	0,668
Cavalcante	9.693	271.087,56	0,584
Cidade Ocidental	69.829	700.685,47	0,717
Cocalzinho de Goiás	19.971	286.211,98	0,657
Corumbá de Goiás	11.050	142.583,05	0,680
Cristalina	57.759	2.300.098,30	0,699
Flores de Goiás	16.100	139.907,41	0,597
Formosa	119.506	2.104.727,55	0,744
Goianésia	69.072	1.241.028,00	0,727
Luziânia	205.023	3.439.432,77	0,701
Mimoso de Goiás	2.612	41.364,38	0,665
Niquelândia	46.039	932.779,08	0,715
Novo Gama	113.679	813.231,31	0,684
Padre Bernardo	33.228	496.153,79	0,651
Pirenópolis	24.749	347.412,55	0,693
Planaltina	89.181	960.799,85	0,669
Santo Antônio do Descoberto	73.636	590.339,76	0,665
São João d'Aliança	13.387	286.586,30	0,685
Simolândia	6.832	90.705,81	0,645
Unai	83.808	3.137.942,06	0,736
Valparaíso de Goiás	164.723	2.299.308,95	0,746
Vila Boa	6.026	132.317,49	0,647
Vila Propício	5.758	210.924,43	0,634

É interessante contrastar o número de habitantes. Enquanto o Distrito Federal conta com quase 3 milhões de habitantes, o Município Mimoso de

Goiás tem apenas 2.612. A diferença econômica entre o Distrito Federal e os demais entes integrantes da RIDE-DF também é abissal, conforme se verifica pela análise comparativa dos PIBs. O Distrito Federal tem também o maior IDHM quando comparado aos demais.

No caso da RIDE-DF, a União pode ser um agente mediador das disputas por meio de incentivos financeiros e regulação a fim de atenuar as assimetrias entre os entes, arbitrando conflitos²³. Entretanto, a configuração da RMB via Estatuto das Metrôpoles implica a inexistência de um ente mediador, pois Goiás e Distrito Federal encontram-se em posições mais simétricas. A complexidade da RMB é a existência de simetrias e assimetrias entre seus entes integrantes, tornando mais difícil o processo de construção de instituições que promovam ações coletivas.

A cooperação somente pode surgir em razão de similaridades entre os entes integrantes de uma região metropolitana²⁴? A resposta é negativa, uma vez que a assimetria pode constituir-se em fator de incentivo para a cooperação, pois o megamunicípio pode ser um hospedeiro, tornando-se um “hub” para o exercício das funções públicas de interesse comum. Além disso, a similaridade e homogeneidade podem gerar disputas entre os atores pela predominância e controle de recursos coletivos e localização das funções públicas de interesse comum. Anderesen e Pierre (2010) explicam essa realidade do seguinte modo²⁵:

“(…)

Heterogeneidade e assimetria podem, de fato, produzir incentivos para aproximar uma região. Uma municipalidade que seja um ‘hub’ regional é frequentemente bem preparada para preencher a função de ‘hospedeiro’ da parceria, uma vez que tem um staff maior e mais qualificador comparando-se com as municipalidades menores. Ação coletiva entre grupo de atores

23 POST, Stephainie S. Metropolitan area governance and institutional collective action. In: FEIOCK, Richard C. (editor). **Metropolitan Governance: conflict, competition and cooperation**. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, pos.1029.

24 LEE, Youngmi. From competition to collaboration: intergovernmental economic development policy networks. **Local Government Studies**, vol. 42, n. 2, 2016, p. 172.

25 Tradução nossa livre do inglês “*Heterogeneity and asymmetry may in fact provide incentives for pulling together a region. A municipality that is a regional ‘hub’ is usually well equipped to fulfill the ‘host’ function of the partnership since it has bigger and more professional staff compared to the smaller municipalities. Collective action among a group of actors commanding resources that are not available to other actor might generate a mutual gain. If, on the other hand, homogeneity should mean that the participating actor seek to gain control over collective resources, tensions and rivalry may occur, concerning for instance the location of collective functions. Thus asymmetry in and of itself is not a problem.*” ANDERSEN, Ole Johan; PIERRE, Jon. Exploring the strategic region: rationality, context and institutional collective action. **Urban Affairs Review**, 2016, 46(2), p. 229.

gerenciando recursos que não estão disponíveis a outro ator podem gerar um ganho mútuo. Se, por outro lado, homogeneidade deve significar a participação do ator em busca de controle dos recursos coletivos, pode ocorrer de surgirem tensões e rivalidades em relação, por exemplo, na localização das funções coletivas. Portanto, assimetria em si mesma não é um problema. (...)"

No nosso objeto de estudo, nota-se que o grau de articulação interinstitucional é baixo, inclusive entre os municípios integrantes da RIDE-DF que guardam mais similaridade e homogeneidade, indo ao encontro da afirmativa de que a assimetria não é um problema em si para fins de cooperação, porquanto, mesmo com similaridade, não há cooperação. Pode-se argumentar que a similaridade é condição necessária, mas não suficiente; porém, isso os dados não revelam, e seria necessário operar com outras categorias teóricas que extrapolam o objeto da pesquisa.

De qualquer sorte, no caso tanto da RMB quanto da RIDE-DF, o Distrito Federal pode ser esse "hub", o que o tornaria atrativo para fins de cooperação pelas outras municipalidades. Embora o Distrito Federal já o seja, uma grande dificuldade é o compartilhamento de ônus e bônus de o Distrito Federal ser esse "hub" que, em tese, deve ser viabilizado pela RMB e pela RIDE-DF. Em outras palavras, como promover cooperação à luz do agir estratégico de cada um dos entes da RMB e da RIDE-DF? A teoria dos jogos ajuda a compreender como equacionar relações assimétricas e articulações interinstitucionais.

4 ASSIMETRIA NAS ARTICULAÇÕES INTERINSTITUCIONAIS E TEORIA DOS JOGOS

Do ponto de vista da teoria institucional, verificou-se que a assimetria entre os atores em si não é o problema, podendo ou não constituir um obstáculo à cooperação. A teoria dos jogos auxilia na compreensão de como a assimetria entre os entes impacta a cooperação, o que, por sua vez, ilumina a dimensão institucional da mesma, conforme se verá.

Steinacker (2004) afirma que quatro características afetam a cooperação entre os atores: os ganhos conjuntos de cooperação, a diversidade de preferências, o nível de assimetria entre os atores e a estabilidade da posição dos atores durante o tempo²⁶. A partir dessas características, as possibilidades de cooperação são exploradas por meio de quatro jogos. Tomaremos o estudo

26 STEINACKER, Annete. Game-Theoretic models of metropolitan cooperation. In: FEIOCK, Richard C. (editor). **Metropolitan Governance: conflict, competition and cooperation**. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, pos. 616.

de Steinacker (2004) como base, porém, enfocando na categoria da assimetria. Confira a tabela abaixo, na qual estão sintetizados os modelos em análise por Steinacker (2004):

TABELA 7 – MODELOS (Quadro adaptado de STEINACKER, Annete. Game-Theoretic models of metropolitan cooperation. In: FEIOCK, Richard C. (editor). Metropolitan Governance: conflict, competition and cooperation. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004, pos. 829.)

Dilema do prisioneiro	Seguro	Dilema do prisioneiro repetido	Barganha
Estático	Estático	Repetidas jogadas com os mesmos participantes	Repetidas jogadas são possíveis
Sem comunicação entre os jogadores e sem aprendizado com as repetições	Comunicação e coordenação são possíveis	Possibilidade de comunicação implícita e aprendizado da estratégia dos outros jogadores	As diferenças das preferências dos atores são acomodadas: - o tamanho dos ganhos conjuntos determina se o bem vai ser provido ou não - a força dos atores determina a divisão do bem (preferência do tempo e aversão a risco)
Competição pelos ganhos	Cooperação aumenta os ganhos, se uma pessoa coopera	Cooperação é um possível equilíbrio de Nash, mas pode haver outras formas	Cooperação é um possível equilíbrio de Nash, dependente dos valores dos parâmetros
Sem sanções críveis e enforcement externo	Sem sanções, mas não é necessária nenhuma	Os resultados dependem: - da duração do jogo - da aversão ao risco - de sanções críveis externas ou internas - dos valores dos descontos: ganho do futuro sem ser atrativo o suficiente para compensar não apostar no presente	Diferenças entre a força e a posição dos atores são acomodadas
Atores simétricos	Atores simétricos	Atores simétricos	

O primeiro modelo é a aplicação do clássico dilema do prisioneiro. Nesse modelo, imagine-se a existência de dois entes – ente 1 e ente 2. O ente 1 tem duas opções: cooperar ou competir. O mesmo ocorre com o ente 2. Se ambos cooperam, existe um ganha-ganha. Entretanto, como não há comunicação entre eles, o medo e a suspeita de não haver cooperação induz a escolha pela estratégia de não cooperar por ambos, gerando um equilíbrio. Esse modelo explica a guerra fiscal entre os Estados e os municípios. Contudo, o modelo pressupõe que os atores são intercambiáveis e têm as mesmas preferências sobre desenvolvimento e o mesmo poder político, o que não é verdadeiro²⁷. Megamunicípios têm uma capacidade fiscal maior que municípios pequenos. Alguns municípios prezam mais pela proteção ao meio ambiente do que pelo desenvolvimento, isto é, podem existir outros fatores não guiados pela escolha racional que interfiram nas estratégias dos entes.

O modelo do seguro é uma variação do dilema do prisioneiro, na medida em que a diferença é a existência de comunicação entre os entes, o que possibilita a escolha por cooperar, reduzindo a probabilidade de competir, pois os entes conhecem as estratégias e podem chegar a um acordo de ganha-ganha. Mais do que isso, no caso de cooperação metropolitana, a criação de uma estrutura de incentivos induz à cooperação²⁸. Todavia, tal qual o modelo do dilema do prisioneiro, a simetria e o intercâmbio entre as posições dos atores é requisito para a cooperação que, conforme já visto, não existe na grande maioria dos casos.

O 3º modelo é o dilema do prisioneiro repetido que, como o próprio nome esclarece, trata-se de considerar não um jogo simultâneo, mas com múltiplas rodadas em que pode ocorrer a chance de aprendizado e a oportunidade de arriscar e, por consequência, os entes atuarem cooperativamente. Assim como os modelos anteriores, este padece da exigência de simetria e intercâmbio entre as posições dos atores, o que nem sempre ocorre no planejamento territorial.

O último modelo é o da barganha, que é o mais flexível de todos. Pode ser ilustrado pela estratégia de “dividindo a torta” entre dois jogadores. O tamanho da torta representa os ganhos conjuntos disponíveis. Cada um dos jogadores deseja um pedaço da torta, que somente pode ser obtido mediante atuação conjunta e, ao mesmo tempo, cada um deles deseja o pedaço maior. Desse modo, os jogadores têm incentivo para cooperar e competir: cooperar para produzir o bem e competir pela fatia maior desse bem.

27 *Ibid.*, pos. 694.

28 *Ibid.*, pos. 716.

O modelo da barganha é o da negociação e acomodação no processo de cooperação. Por esse motivo, acolhe a assimetria entre os atores, porém possui limitações, uma vez que a injustiça dos acordos, isto é, um acordo extremamente mais vantajoso para o ente mais forte, provoca uma reação desfavorável nos entes mais fracos, que os induz a abandonar o acordo. Essa atitude contraria a pura lógica racional de que os entes mais fracos deveriam manter os acordos, mesmo que representasse um ganho ínfimo em relação à situação sem acordo, conforme descrito abaixo²⁹:

“(…)

A aplicação estrita do modelo da barganha prevê que o participante mais fraco deva aceitar qualquer acordo que o coloque em uma posição ainda que apenas levemente melhor do que a anterior. Entretanto, há evidência substancial empírica que os participantes também respondem a percepção da justiça do acordo, rejeitando muitas ofertas em que o parceiro mais forte parece que se beneficia de modo desproporcional. No mundo dos acordos metropolitanos, quanto desigual os termos do acordo podem ser até que a cooperação seja abandonada continua sendo uma questão empírica não respondida.

(…)”.

Dessa maneira, mesmo o mais flexível modelo como o da barganha não explica a racionalidade das escolhas entre cooperar e não cooperar entre os entes assimétricos. A justiça do acordo entra em disputa, mesmo que qualquer acordo represente um acréscimo de ganho, ainda que ínfimo, para o jogador mais fraco. Daí se deduz que, nos acordos cooperativos no âmbito da RIDE-DF e da RMB, os entes mais fortes devem evitar uma posição imperial sobre os mais fracos a fim de viabilizar os acordos cooperativos.

Outra constatação é de que a teoria dos jogos explica as possibilidades de estratégias dos jogadores, mas não explica necessariamente o motivo pelo qual eles nem sempre adotam a estratégia mais racional. A indignação do ente mais fraco, frente a um eventual acordo mais vantajoso de modo desproporcional em favor do ente mais forte, expõe que as relações cooperativas na gestão da RIDE-DF e da RMB não são sempre orientadas pela racionalidade limpa e clara da teoria dos jogos.

29 Tradução nossa livre do inglês “(...) *Strict application of the bargaining model predicts that the weaker participant should accept any deal that makes him or her even slightly better off than previously. However, there is substantial experimental evidence that participants also respond to the perceived fairness of the deal, rejecting many offers where the stronger partner seems to benefit disproportionately (Roth 1995). In the world of metropolitan agreements, how unequal the terms of the deal can be before cooperation is abandoned is still an unanswered empirical question. (...)*”, *Ibid.*, pos. 797-800.

No âmbito da RIDE-DF, é importante destacar a existência do Consórcio Público de Manejo dos Resíduos Sólidos e das Águas Pluviais da Região Integrada do Distrito Federal e Goiás (CORSAP – DF/GO), no qual são consorciados, além do Distrito Federal e Goiás, os municípios de Abadiânia, Água Fria de Goiás, Águas Lindas de Goiás, Alexânia, Cabeceiras, Cocalzinho de Goiás, Cristalina, Formosa, Luziânia, Padre Bernardo, Pirenópolis, Planaltina, Santo Antônio do Descoberto, Valparaíso de Goiás e Vila Boa.

Esse é um exemplo de articulação interinstitucional bem-sucedida, na medida em que o CORSAP conta com um número elevado de participantes com disparidades e assimetrias, assim como é o único consórcio público que o Distrito Federal integra. A celebração do protocolo de intenções, sua ratificação por todos os entes mediante lei pelos poderes legislativos e a aprovação do estatuto do consórcio público são frutos de um complexo processo de negociação, que merece estudo a fim de explorar as potencialidades de replicação em outras áreas para a consecução das funções públicas de interesse comum da RIDE-DF.

5 CONCLUSÕES

Ao longo do estudo, restou constatado, empiricamente, o baixo grau de articulação interinstitucional entre os integrantes da RIDE-DF, entre os quais alguns também integrarão a futura RMB. Por meio de consulta à base de dados da MUNIC, é incontroverso o baixíssimo grau de articulação interinstitucional mediante consórcios públicos no âmbito territorial da RIDE-DF.

Formulou-se, então, a hipótese de que a assimetria entre os entes integrantes da RIDE-DF e da RMB em relação ao “megamunicípio” Distrito Federal seria a causa desse baixo grau de articulação interinstitucional. Essa hipótese encontraria fundamento na categoria teórica dos custos de transação com viés institucionalista.

A grande maioria da literatura consultada indica a assimetria como um fato que impacta negativamente a cooperação e, por seu turno, a formação de articulações interinstitucionais mediante consórcios públicos. A demonstração empírica dessa assimetria foi construída mediante o comparativo dos dados de número de habitantes, PIB e IDHM entre o Distrito Federal e os municípios integrantes da RIDE-DF.

A convergência tanto teórica quanto empírica apontava para a comprovação da hipótese de que a assimetria interferia negativamente na cooperação e na construção de articulações interinstitucionais. Entretanto, Andersen e Pierre (2010) divergem dessa conclusão, afirmando que a assimetria não é o problema

em si, podendo, inclusive, a simetria constituir em empecilho à cooperação em razão de eventual surgimento de rivalidades e disputas.

Para esclarecer essa questão, buscou-se a teoria dos jogos mediante a aplicação de alguns modelos elaborados por Steinacker (2004), os quais revelaram que a assimetria constitui um obstáculo na maioria das hipóteses, exceto no modelo da barganha, o qual admite entes assimétricos no processo de construção de arranjos cooperativos. Todavia, mesmo a teoria dos jogos tem suas limitações, na medida em que não consegue explicar a ausência de cooperação nos casos em que esta se revela como a escolha mais racional.

A hipótese então é respondida com um “depende”. A assimetria afeta a cooperação a depender de como as instituições são moldadas e forjadas. Se a teoria dos jogos oferece o modelo da barganha como o instrumento para a compreensão do agir estratégico dos entes envolvidos na gestão e planejamento da RIDE-DF e da RMB, é a teoria institucionalista que se demonstra relevante. Isso porque o sucesso do modelo da barganha dependerá do meio institucional em que o agir estratégico dos entes em que há competição e cooperação se desenvolverá. Dessa maneira, talvez o maior desafio para a RIDE-DF e a RMB seja a construção de instituições que superem os custos de transação derivados das assimetrias, promovendo a construção de arranjos institucionais cooperativos.

6 REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da riqueza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ANDERSEN, Ole Johan; PIERRE, Jon. Exploring the strategic region: rationality, context and institutional collective action. **Urban Affairs Review**, 2010, 46(2).
- FEIOCK, Richard C. Introduction: Regionalism and Institutional Collective Action. In: FEIOCK, Richard C. (editor). **Metropolitan Governance**: conflict, competition and cooperation. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004.
- GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. **A questão metropolitana no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- LARA, Henrique. Brasília, uma cidade centenária. **Companhia de Planejamento do Distrito Federal**, Brasília, TD – n. 13, 2016.
- LEE, Youngmi. From competition to collaboration: intergovernmental economic development policy networks. **Local Government Studies**, vol. 42, n. 2, 2016.

MACHADO, Gustavo Gomes. **O ente metropolitano**. Custos de transação na gestão da Região Metropolitana de Belo Horizonte e no Consórcio do Grande ABC – os modelos compulsório e voluntário comparados. 2007. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge University Press, 1990.

O aglomerado metropolitano de Brasília nos indicadores do IBGE. Brasília: CODEPLAN, 2018 (Nota Técnica).

OAKERSON, Ronald J. The study of metropolitan governance. *In*: FEIOCK, Richard C. (editor). **Metropolitan Governance: conflict, competition and cooperation**. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004.

POST, Stephainie S. Metropolitan area governance and institutional collective action. *In*: FEIOCK, Richard C. (editor). **Metropolitan Governance: conflict, competition and cooperation**. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004.

STEINACKER, Annete. Game-Theoretic models of metropolitan cooperation. *In*: FEIOCK, Richard C. (editor). **Metropolitan Governance: conflict, competition and cooperation**. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2004.

DO DIREITO AO ESQUECIMENTO DE RÉUS CONDENADOS: INTRODUÇÃO NECESSÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA NÃO PERPETUIDADE DA PENA E DA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO NA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO

THE RIGHT OF CONVICTED DEFENDANTS TO BE FORGOTTEN: NECESSARY INTRODUCTION TO THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF NON-PERPETUITY OF THE SENTENCE AND OF RESOCIALIZATION OF THE CONVICTED PERSON IN THE LAW OF BALANCING

Rafael Augusto Alves¹

RESUMO: O artigo aborda o direito ao esquecimento em nosso país, destacando a importância da técnica decisória da ponderação como principal instrumento argumentativo para resolução das lides envolvendo esse direito. Realizamos a análise da técnica decisória da ponderação utilizada no Recurso Especial nº 1.334.097-RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. O presente escrito também defende que, na ponderação realizada nos casos envolvendo o direito ao esquecimento de réus condenados, haja a apreciação de dois valores fundamentais de nossa Constituição: o direito da não perpetuidade das penas e o direito à ressocialização.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Ponderação de Direitos Fundamentais. Não perpetuidade das penas. Ressocialização do condenado. Liberdade de informação.

Recebido em: 30/05/2019 **Aceito em:** 10/06/2019

ABSTRACT: The article deals with the right to be forgotten in our country, highlighting the importance of the balancing decision-making technique as the main argumentative instrument for solving disputes involving this right. We analyze the balancing decision-making technique used in the Special Appeal n. 1.334.097-RJ, judged by the Superior Court of Justice. This paper also argues that, when considering cases involving the right of convicted defendants to be forgotten, there is an appreciation of two fundamental values of our Constitution: the right to the non-perpetuity of sentences and the right to resocialization.

Keywords: Right to be forgotten. Balancing of Fundamental Rights. Non-perpetuity

1 Procurador na Procuradoria Geral do Distrito Federal e Advogado. Especialista em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Sistemas de Justiça Criminal pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: rafael.alves@pg.df.gov.br.

of sentences. Resocialization of the convicted person. Freedom of information.

Received in: 05/30/2019 **Approved in:** 06/10/2019

1 INTRODUÇÃO

Embora nossa experiência constitucional esteja pontuada por déficits na concretização de direitos fundamentais, isso não se verifica em relação ao direito de informação e liberdade de imprensa.

Todos os dias testemunhamos a explícita celebração dessas liberdades comunicativas face à frenética e massiva exibição de notícias, programas, debates, espetáculos, colóquios, postagens, mensagens, etc., sobre todos os assuntos possíveis e imagináveis. As modernas ferramentas tecnológicas ampliaram esse horizonte de forma exponencial e irreversível, caracterizando o que usualmente chamamos de Sociedade da Informação.

Nossa Constituição (art. 220) consagrou a intangibilidade da criação e manifestação do pensamento, da expressão e da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo. Além disso, vedou qualquer interferência legislativa que cause embaraço à plena liberdade de informação jornalística (em qualquer veículo de comunicação social), instituindo também a explícita vedação de qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística. Ninguém pode negar que tais liberdades são conquistas democráticas de nossa sociedade.

Os meios de comunicação social são protagonistas nesse campo de atuação. Como observado por Daniel Sarmiento, esses veículos tornam possível o exercício de um controle permanente sobre os governantes e detentores do poder social, além de municiarem os indivíduos de informações e pontos de vista diversificados, para que possam tomar decisões mais conscientes em temas públicos e privados. Além disso, são importantíssimos instrumentos de formação cultural.²

Como qualquer outro direito fundamental, as liberdades comunicativas não são exercidas de modo absoluto. O próprio dispositivo constitucional que consagra o regime de liberdades na comunicação social também estabelece as excepcionais restrições ao seu exercício, fazendo-o, respectivamente, no caput e no § 1º do art. 220, quando textualmente proclama que as liberdades de informação e expressão (e também a de imprensa) observem o “disposto nesta Constituição”, e, “o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

2 CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2037.

Assim, bens jurídicos como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são balizas de contenção àquelas liberdades de comunicação. Nesse particular, é importante deixar claro que outros valores constitucionais também podem configurar restrições ao direito de informação e liberdade jornalística. Ao consagrar o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, o art. 227 da Constituição Federal dá validade constitucional ao art. 247 da Lei nº 8.069/90, que considera infração administrativa divulgar, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial relacionado à criança e ao adolescente.

Os noticiários policiais exibidos diariamente pelos meios de comunicação de massa, infelizmente, tornaram-se autênticas opções de entretenimento popular, de grande lucratividade ao veículo exibidor. Mesmo os noticiários televisivos ditos “tradicionais” já dedicam expressivos espaços em sua pauta para crimes e eventos acontecidos no âmbito do Sistema de Justiça Criminal. Não raro, além dos novos casos que abastecem a mórbida preferência do telespectador, casos já julgados definitivamente, inclusive com sanção penal devidamente extinta, são espargidos na opinião pública, sem qualquer preservação de identidade dos envolvidos.

Daí o interesse em estudar “o direito ao esquecimento”, entendido como a faculdade de alguém se opor à lembrança de fatos pretéritos que sejam desabonadores. O tema vem sendo constantemente enfrentado pela jurisprudência, estando afeto ao Regime de repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Tema 786 – Recurso Extraordinário com Agravo nº 833/248/RJ).

O artigo trabalha com a técnica decisória da ponderação como principal instrumento argumentativo para resolução das lides dessa natureza, fazendo particular análise da ponderação realizada no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097-RJ, confrontando-a, inclusive, com outras opiniões em contrário.

Também será desenvolvido o argumento de que, no direito ao esquecimento de réus condenados criminalmente (com pena já cumprida), também haja a apreciação de dois outros valores constitucionais: o direito a não perpetuidade das penas e o direito à ressocialização.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

O direito ao esquecimento pode ser compreendido como a oposição de uma pessoa à rememoração ou divulgação de fatos negativos de sua vida progressa, ainda que verídicos. Trata-se de uma espécie de caducidade da informação, na qual, pelo decurso do tempo e por sua proximidade com os direitos fundamentais afetos à personalidade, perece ou deveria perecer, ainda

que por imposição de lei.³ Tal direito tem gênese no princípio da dignidade da pessoa humana, além de ter amparo nos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

Sob a perspectiva material, Mariana Cunha e Melo (2016)⁴ aponta quatro características sobre o direito ao esquecimento: a) pressupõe o decurso de um período de tempo; b) veicula a pretensão de transpor informações da esfera pública de volta para a esfera privada; c) frequentemente vem aliado a um argumento de ausência de interesse público na informação; e d) serve a interesses relacionados à privacidade (direito de ser deixado em paz e direito de controle sobre o fluxo de informações sobre si).

Em termos de proteção à privacidade, o direito ao esquecimento representa um aprofundamento em relação ao “direito de estar só”, consagrado pelo direito norte-americano a partir do célebre artigo de Warren e Brandeis “*The right to privacy*”, publicado em 1890. Além de corresponder ao “right to be let alone”, o direito ao esquecimento se constitui como a autêntica vedação de obrigar um indivíduo a conviver com pedaços de seu passado, trazidos apenas para exploração de fatos já consolidados, sem qualquer motivo razoável para divulgação da informação.⁵

Embora não tenha positivação como categoria conceitual autônoma, a ideia do esquecimento é prestigiada por nosso ordenamento em situações particulares. Nas relações consumeristas, o Código de Defesa do Consumidor estipula o prazo máximo de 5 (cinco) anos para a manutenção de informações negativas do consumidor em banco de danos e cadastros (§ 1º do art. 43 da Lei 8.078/90).

No direito penal, cumprida ou extinta a pena, fica proibida qualquer notícia ou referência sobre a condenação nos registros policiais e judiciais, ressalvada a prática de nova infração ou outra hipótese prevista em Lei (art. 202 da Lei 7.210/84). O Código Penal prevê também o direito de reabilitação criminal (art. 93), prevendo o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação.

3 CHEBAB, Gustavo Carvalho. Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação. **Revista dos Tribunais**, v. 952, p. 85 – 119, 2015.

4 MELO, Mariana da Cunha e. O significado do Direito ao Esquecimento. **JOTA**, São Paulo, 22 nov. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-significado-direito-ao-esquecimento-22112016>. Acesso em: 30 jul. 2018.

5 MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao Esquecimento**: A Proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 81.

No direito administrativo sancionador, o estatuto dos servidores públicos civis da União, de suas Autarquia e Fundações Públicas determina o cancelamento dos registros das penalidades de advertência e de suspensão após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos, respectivamente, ressalvada a prática de nova infração nesse período (art. 131 da Lei 8.112/90).

O direito ao esquecimento também é objeto de constantes estudos pela comunidade jurídica. Na V Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, o Enunciado 404⁶ já tangenciava o assunto do esquecimento ao proclamar que a tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e **temporal** dos próprios dados. No evento seguinte (VI Jornada de Direito Civil), foi aprovado o Enunciado 531, que se referiu textualmente ao direito ao esquecimento: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.⁷ Neste último enunciado, o direito ao esquecimento é relacionado com o campo das condenações criminais, considerado como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização.

A jurisprudência talvez venha sendo o campo mais fecundo para a construção desse direito. Em diversas oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o direito ao esquecimento, delimitando sua extensão tanto em questões referentes aos veículos tradicionais de comunicação social (como a televisão), quanto em relação às empresas de tecnologia da informação, incluindo os provedores de busca e pesquisa na rede mundial de computadores.

A propósito, citemos os seguintes julgados: Resp. 1.334.097/RJ – 4a Turma (Reportagem Televisiva), Resp. 1.335.153/RJ – 4a Turma (Reportagem Televisiva) e Resp. 1.666.168 – 3a Turma (Provedor de Buscas). Acrescenta-se que o tema teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 786 – Recurso Extraordinário com Agravo nº 833/248/RJ), ainda pendente de análise.

Todavia, é preciso registrar que a aceitação desse direito não é unânime. Denise Pinheiro e João dos Passos Martins (2018) rejeitam a existência do direito ao esquecimento no país. Afirmam que a investigação do passado é um desejo e uma necessidade humana compatível com a liberdade de expressão prevista na Constituição. Ao citarem os julgamentos proferidos pelo Supremo

6 ENUNCIADO 404. V Jornada de Direito Civil. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>. Acesso em 30 jul. 2018.

7 ENUNCIADO 531. VI Jornada de Direito Civil. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em 30 jul. 2018.

Tribunal Federal na ADPF 130 (julgando inconstitucional da Lei de Imprensa) e na ADI 4815 (declarando inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias), concluem que a nova informação sobre fatos pretéritos anteriormente divulgados (de forma lícita) é mero exercício regular de direito.

A partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097-RJ (caso da Chacina da Candelária), no qual foi reconhecido o direito ao esquecimento diante da exibição de programa televisivo, os citados professores, embora registrem a existência do “direito ao isolamento” (como projeção do direito à privacidade), não o identificam com o chamado “direito ao esquecimento”:

O caso da “Chacina da Candelária” ajuda a ilustrar a diferença. J. F. (omissis), um dos personagens implicados na história, não tem o direito de se opor à recordação jornalística dos fatos tornados públicos na época. Todavia, como titular do direito à privacidade, ele tem o direito de viver recluso, se assim preferir, de se isolar, de proteger a sua vida presente contra ingerências de terceiros curiosos. Assim, ele tem o direito de se recusar a conceder uma entrevista sobre o rumoroso episódio (direito ao isolamento), mas não o de impedir a exibição de um documentário que recapitule o passado notório (direito ao esquecimento). Ele tem o direito de se opor à captação e exposição de sua imagem no recinto do lar ou no contexto de suas relações privadas (direito ao isolamento), mas não pode impedir a publicação atual de fotografias ou imagens de arquivo do julgamento público a que foi submetido (direito ao esquecimento).⁸

A trajetória do direito ao esquecimento em nossa cena jurídica já anuncia a complexidade das lides que envolvem a temática.

3 A PONDERAÇÃO COMO TÉCNICA DECISÓRIA EM RELAÇÃO AO DIREITO DO ESQUECIMENTO

Diversos valores constitucionais estão presentes na discussão sobre o direito ao esquecimento, inclusive, em visível colisão. Sabidamente, a unidade da Constituição impede que quaisquer dos valores fundamentais identificados sejam ignorados ou suplantados, impondo ao aplicador da norma um esforço hermenêutico para conjugá-los e relacioná-los. Casos como o presente demandam a construção de uma solução “artesanal”, feita sob medida. A técnica decisória da ponderação se apresenta como o instrumental viável a essa tarefa.

8 PINHEIRO, Denise; NETO, João dos Passos Martins. Desconstrução do Direito ao Esquecimento no Direito Brasileiro e a Contribuição da Jurisprudência Francesa. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 15, p. 31-71, abr.-jun. 2018.

Luís Roberto Barroso (2004) estrutura a técnica da ponderação em três etapas sequenciais: (a) Identificam-se as normas relevantes para a solução do conflito, agrupando-se os diversos fundamentos normativos que se pretende aplicar ao caso; (b) Selecionam-se os fatos relevantes (e respectivos reflexos); e (c) A partir da aplicação conjunta dos diferentes grupos de normas e fatos, procura-se por soluções possíveis e razoáveis, verificando qual dos direitos prepondera, sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.⁹

“Preponderar” significa ter mais influência, ter mais peso/maior importância, não correspondendo à ação de sobrepor-se, isolar ou suprimir. No juízo de ponderação, não se admite que haja a primazia absoluta de uma norma (ou princípio) sobre a outra, devendo o Tribunal assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que no caso concreto uma delas sofra atenuação.¹⁰

3.1 A ponderação aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.334.097-RJ

Em 2013, o julgamento simultâneo dos recursos especiais nº 1.334.097-RJ e 1.335.153-RJ pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão) deu inegável impulso ao debate envolvendo o direito ao esquecimento. Os dois casos retratavam ações indenizatórias movidas contra o grupo Globo Comunicações e Participações por conta da exibição do programa televisivo “Linha Direta Justiça”, que uma vez por mês apresentava “Crimes famosos que abalaram o Brasil.”¹¹

No Recurso Especial nº 1.334.097-RJ, o jurisdicionado tinha sido indiciado, julgado e absolvido (por unanimidade de votos) pelo crime conhecido como “Chacina da Candelária”, em 1993, no estado do Rio de Janeiro. Os autos informam que a emissora teria procurado o autor com o intuito de entrevistá-lo, tendo sido recusada a entrevista. Posteriormente, o programa foi exibido em rede nacional, tendo sido o autor apontado como um dos envolvidos na

9 BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos de Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Migalhas**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 30 jul. 2018.

10 MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdades de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 122, p. 297-301, mai./jul.1994.

11 LINHA Direta Justiça. **Memória Globo**. Disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta-justica/formato.htm>. Acesso em 30 jul. 2018.

chacina, mas que fora absolvido. É importante destacar que o voto da Relatoria faz a expressa ressalva de que aquela decisão se aplicaria exclusivamente para os casos da mídia televisiva, não se referindo às publicações veiculadas na internet, que desafiariam outras soluções.

Depois de relacionar os argumentos favoráveis e contrários ao direito ao esquecimento e de identificar a colisão dos direitos fundamentais no caso, o voto condutor da Relatoria inicia sua técnica de ponderação ao reconhecer a preponderância de solução que privilegie a proteção dos direitos de personalidade (no caso, a intimidade e a vida privada):

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana garante que homem seja tratado como sujeito cujo valor supera ao de todas as coisas criadas por ele próprio, como o mercado, a imprensa e até mesmo o Estado, edificando um núcleo intangível de proteção oponível erga omnes, circunstância que legitima, em uma ponderação de valores constitucionalmente protegidos, sempre em vista os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, **que algum sacrifício possa ser suportado, caso a caso, pelos titulares de outros bens e direitos**.

[...]

Com efeito, no conflito entre a liberdade de informação e direitos da personalidade - aos quais subjaz a proteção legal e constitucional da pessoa humana -, **eventual prevalência pelos segundos**, após realizada a necessária ponderação para o caso concreto, encontra amparo no ordenamento jurídico, não consubstanciando, em si, a apontada censura vedada pela Constituição Federal de 1988.¹² (grifos nossos)

Mais adiante, o voto da Relatoria trata especificamente do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e dos absolvidos, procedendo nova ponderação e reconhecendo, no caso em concreto, a violação do direito ao esquecimento e a consequente obrigação de indenizar da requerida.

Com efeito, o reconhecimento **do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal**, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Federal. Acórdão no Recurso Especial n. 1.334.097-RJ. Relator: Luis Felipe Salomão. Publicado no DJ de 10-09-2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF. Acesso em: 30 jul. 2018.

memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente, fez clara opção pela segunda.

E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, **como um direito à esperança**, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

[...]

A despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, **o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional.**

Nem a liberdade de imprensa seria tolhida nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.¹³

Em parecer no qual analisa a citada decisão, Daniel Sarmiento (2016)¹⁴ acredita que o direito ao esquecimento não tem previsão em qualquer norma jurídica (constitucional ou infraconstitucional), tampouco pode ser extraído da Constituição pela via interpretativa, por ser claramente incompatível com nosso sistema constitucional. Assevera que o esquecimento sobre fatos que envolvem interesse público não pode ser visto como um direito fundamental, na medida em que nosso regime constitucional consagra os valores do acesso à informação e à memória coletiva e da valorização da História.

Ao proceder sua ponderação, Daniel Sarmiento (2016) elege as liberdades de expressão e de imprensa como **direitos preferenciais na ordem constitucional, ostentando prioridade nos casos de colisão com outros princípios**. Afirma que o ônus que o direito ao esquecimento impõe às liberdades comunicativas é incomparavelmente mais grave do que os benefícios que ele enseja, sob a perspectiva dos valores constitucionais. Ressalva, porém, um espaço legítimo para o seu reconhecimento exclusivamente para proteção

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Federal. Acórdão no Recurso Especial n. 1.334.097-RJ. Relator: Luis Felipe Salomão. Publicado no DJ de 10-09-2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF. Acesso em: 30 jul. 2018.

14 SARMIENTO, Daniel. Parecer: Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 190-232, abr.-jun. 2016.

dos dados pessoais despidos de interesse público, especialmente no âmbito da informática.

Essa última posição que atribui às liberdades comunicativas posição preferencial em nossa ordem constitucional foi recentemente acolhida pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 22.328-RJ (Relatoria Ministro Roberto Barroso), ao considerar a Liberdade de Expressão como pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades. Nesse caso, discutia-se a retirada de notícia veiculada em site eletrônico (“Um bicão na alta-roda”) considerada ofensiva à honra do autor da ação.¹⁵

Considerados os dois pontos de vista, acreditamos que a solução que reflete maior razoabilidade e proporcionalidade (e aqui nenhuma das posições é irrazoável) foi aquela produzida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O citado precedente teve a virtude de possibilitar uma efetiva reconciliação e convivência entre os direitos identificados como colididos (Liberdade de Expressão e Imprensa versus Direitos de Personalidade). A solução construída no acórdão valoriza a técnica da ponderação em sua característica mais importante: a de servir como instrumento para construção de uma **regra concreta** para cada conflito apresentado.

Ao considerar, **naquele caso**, que a história divulgada poderia ter sido contada de forma fidedigna, sem que para isso fosse necessária a divulgação da imagem e do nome do autor (réu absolvido), o precedente apresenta uma solução possível de convivência dos dois valores constitucionais. O mesmo não observa na ponderação (de natureza abstrata) a proposta do Professor Daniel Sarmiento (2016), que consagra a Liberdade de Imprensa e de Informação numa **posição preferencial**, o que, pelo menos no caso em concreto, representa uma hierarquização de valores constitucionais, na medida em que a solução proposta no parecer de não preconizar temperamentos, nem mesmo a responsabilização civil do veículo, acaba deixando o direito de personalidade à mingua de qualquer proteção.

Não se ignora aqui o debate correspondente à proteção da liberdade de informação e de imprensa sob o ponto de vista do direito do emissor, que tem direito de definir o conteúdo e a forma com a qual pretende divulgar sua manifestação. De fato, a preocupação é justa na perspectiva de se construir a figura do “Estado-Editor”.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Reclamação n. 22.328-RJ. Relator: Roberto Barroso. Publicado no DJE 10/05/2018 - Ata nº 65/2018. DJE nº 90, divulgado em 09/05/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314302526&ext=.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2018.

No entanto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça não reconhece plena e irrestritamente o direito ao esquecimento. Ao contrário, a maior qualidade da decisão é apontar para soluções conciliatórias de valores, a partir de um universo empírico devidamente delimitado. A maior prova disso aconteceu na mesma assentada, pois, a partir da conjugação dos mesmos valores constitucionais, aplicados a outros cenários de acontecimentos, a mesma Turma julgadora negou o reconhecimento do direito ao esquecimento a familiares de vítima de crime veiculado no mesmo programa televisivo, considerando que, naquele caso, não havia como contar a história do crime sem a divulgação da identidade da infeliz vítima¹⁶.

3.2 A necessária introdução dos direitos fundamentais da não perpetuidade da pena e da ressocialização na ponderação de valores constitucionais em relação aos réus com pena cumprida

Em relação aos réus condenados que tenham cumprido sua pena, acreditamos que dois outros valores constitucionais fundamentais devem ser apreciados na ponderação de direitos envolvendo o direito ao esquecimento.

O princípio da não perpetuidade da pena (art. 5, XLVII, “b” da CF) é valor constitucional fundamental, sendo uma das projeções do que se chama “Princípio da Humanidade das Penas”. Se, mesmo depois de cumprida a sentença, a identidade do condenado estiver permanentemente passível de divulgação por meios de comunicação, sem qualquer espécie de ressalva ou cuidado, por óbvio, este está perpetuamente fadado a suportar uma das consequências materiais mais intensas da reprimenda penal, qual seja, o perene sancionamento social.

É natural que a prática de ato delituoso criminal deixe marcas indeléveis na trajetória de vida daquele que rompe com a legalidade. Isso é inerente à nossa existência enquanto seres sociais. Porém, como muito bem pontuado pelo Enunciado 531 do CJF, em sua justificativa, não se trata de conceder o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas tão somente de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente, o modo e a finalidade com que são lembrados.¹⁷

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Federal. Acórdão no Recurso Especial n. 1.335.153-RJ. Relator: Luis Felipe Salomão. Publicado no DJ de 10-09-2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF. Acesso em: 30 jul. 2018.

17 ENUNCIADO 531. VI Jornada de Direito Civil. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 30 jul. 2018.

Inspirado pelo princípio, o próprio Estado se autolimitou ao não permitir, em seus assentamentos (policiais e judiciais), qualquer notícia ou referência sobre a condenação depois de cumprida ou extinta a reprimenda penal, ressalvadas determinadas hipóteses legais (art. 202 da Lei 7.210/84 e art. 93 do CP). Poder-se-ia argumentar que a aplicação desse princípio estaria afeta tão somente ao âmbito jurídico-penal. Todavia, o próprio Supremo Tribunal Federal já aplicou a não perpetuidade da pena em hipótese fora do direito penal, confirmando acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que afastou a penalidade administrativa de inabilitação permanente para o exercício de administração e gerência de Instituição Financeira aplicada pelo Presidente do Conselho Monetário Nacional (Recurso Extraordinário nº 154.134-2-SP - Relator Ministro Sidney Sanches).¹⁸

Além disso, a Constituição Federal consagra o direito à ressocialização do preso ao proclamar, em seu artigo 5º, vários direitos e garantias relacionados ao cumprimento da pena (incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIV), todos voltados ao respeito à dignidade dos condenados como condição necessária ao retorno ao convívio social. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 592581 (Ministro Ricardo Lewandowski), em regime de repercussão geral, registrou que os direitos constitucionais dos presos não são meras normas programáticas, mas preceitos de eficácia plena e aplicabilidade imediata.¹⁹

O direito à ressocialização do condenado já foi considerado no célebre “caso Lebach” pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. O caso tratava do assassinato de quatro soldados, ficando outro ferido. Os autores principais do crime foram condenados à prisão perpétua, e o partícipe, a seis anos de reclusão. Determinada emissora de TV editou um documentário sobre o crime, com a identificação dos envolvidos, em data próxima à libertação do partícipe, o qual postulou a não divulgação do programa.

Negado o pedido em instância inferior, o Tribunal Constitucional Federal acolheu o pedido do condenado, concluindo que, face ao transcurso do tempo, o interesse público sobre o fato não seria mais atual, cedendo em face do direito à ressocialização. Segundo aquela Corte, a divulgação televisiva se constituiria em nova sanção social ao autor do delito. Registre-se que, em 1996, no

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário n. 154.134-2 -SP. Relator: Sidney Sanches. Publicado no DJ 29/10/1999 - DJ nº 208. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211762>. Acesso em: 30 jul. 2018.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário n. 592.581 -RS. Relator: Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ 01/02/2016 - DJ nº 18. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=18&dataPublicacaoDj=01/02/2016&incidente=2637302&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria=1>. Acesso em: 30 jul. 2018.

caso Lebach II, o Tribunal Federal, diante de novo documentário, autorizou sua exibição por reconhecer a inexistência de elementos identificadores dos autores do crime.²⁰

Mais do que indicar o erro ou o acerto da Corte Alemã, verificamos que a ressocialização do condenado foi sopesada na ponderação dos valores fundamentais na colisão apresentada, servindo para a busca da melhor solução possível (ou a menos imperfeita).

4 CONCLUSÃO

Dentro dos inerentes limites deste trabalho, procuramos examinar o tratamento jurídico dispensado ao direito ao esquecimento em nosso ordenamento, sobretudo, a partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.334.097-RJ, que deu indiscutível projeção ao tema.

Sem deixar de considerar as abalizadas vozes que se opõem ao reconhecimento desse direito, acreditamos o Superior Tribunal de Justiça decidiu acertadamente ao promover razoabilíssima ponderação concreta de direitos no caso em julgamento, privilegiando a construção de solução “customizada”, como, aliás, recomenda a boa técnica da ponderação.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal decidirá sobre o tema em regime de repercussão geral (Tema 786 – Recurso Extraordinário com Agravo nº 833/248/RJ), acreditamos ser indispensável que, nos debates envolvendo o direito ao esquecimento dos réus condenados (que já tenham cumprido sua pena), sejam agregados e considerados os direitos fundamentais da não perpetuidade da pena e da ressocialização do condenado.

O aporte dos valores constitucionais acima destacados propiciará uma solução concreta que viabilize a divulgação mitigada de dados de identificação dos envolvidos, sem prejudicar o interesse histórico do fato e a liberdade do emissor da informação na veiculação de sua mensagem, semelhante àquela produzida pelo STJ no Recurso Especial nº 1.334.097-RJ.

Por fim, insistimos que a ponderação a ser buscada na análise do direito ao esquecimento deve ser delimitada pelos singulares limites do caso em julgamento, até porque determinados fatos criminosos, ainda que realizados no passado e com sanções devidamente resgatadas, não podem e não devem

20 SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados. **Conjur**, São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protacao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em: 30 jul. 2018.

ser esquecidos. O holocausto alemão é exemplo clássico. Os recentes fatos acontecidos na história política brasileira (com todos os seus protagonistas) talvez estejam também no rol de episódios que não devemos nos esquecer. Em todo caso, repetimos que a solução deve ser construída a partir de cada desafio imposto ao intérprete.

5 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos de Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Migalhas**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Federal. Acórdão no Recurso Especial n. 1.334.097-RJ. Relator: Luis Felipe Salomão. Publicado no DJ de 10-09-2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF. Acesso em: 30 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça Federal. Acórdão no Recurso Especial n. 1.335.153-RJ. Relator: Luis Felipe Salomão. Publicado no DJ de 10-09-2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF. Acesso em: 30 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Reclamação n. 22.328-RJ. Relator: Roberto Barroso. Publicado no DJE 10/05/2018 - Ata nº 65/2018. DJE nº 90, divulgado em 09/05/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314302526&ext=.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Reclamação n. 22.328-RJ. Relator: Roberto Barroso. Publicado no DJE 10/05/2018 - Ata nº 65/2018. DJE nº 90, divulgado em 09/05/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314302526&ext=.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário n. 154.134-2-SP. Relator: Sidney Sanches. Publicado no DJ 29/10/1999 - DJ nº 208. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211762>. Acesso em: 30 jul. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CHEBAB, Gustavo Carvalho. Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação. **Revista dos Tribunais**, v. 952, p. 85 – 119, 2015.

ENUNCIADO 404. V Jornada de Direito Civil. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>. Acesso em: 30 jul. 2018.

ENUNCIADO 531. VI Jornada de Direito Civil. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 30 jul. 2018.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: A proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MELO, Mariana da Cunha e. O significado do Direito ao Esquecimento. **JOTA**, São Paulo, 22 nov. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-significado-direito-ao-esquecimento-22112016>. Acesso em: 30 jul. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdades de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 122, p. 297-301, mai./jul. 1994.

PINHEIRO, Denise; NETO, João dos Passos Martins. Desconstrução do Direito ao Esquecimento no Direito Brasileiro e a Contribuição da Jurisprudência Francesa. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 15, p. 31-71, abr.-jun. 2018.

SARMENTO, Daniel. Parecer: Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 190-232, abr.-jun.2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados. **Conjur**, São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protacao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em: 30 jul. 2018.

O AMICUS CURIAE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: NATUREZA JURÍDICA

THE AMICUS CURIAE IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCESS: LEGAL NATURE

Aroldo Velozo de Carvalho Junior¹

RESUMO: Artigo científico cujo objetivo é o estudo do instituto processual do *amicus curiae*, com enfoque na sua natureza jurídica, tendo em vista a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015². Com esse objetivo, o instituto é abordado em suas bases essenciais, passando pela respectiva conceituação doutrinária. Aborda-se a construção do entendimento acerca da natureza jurídica do amigo da corte. Os problemas que figuram no centro do trabalho são: o tratamento da sistemática das demais espécies de intervenção de terceiros e de auxiliares da justiça; e o enquadramento jurídico do instituto sob estudo, com o posicionamento acerca de tal matéria. Utilizando pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial, os elementos estruturantes do instituto são abordados de forma sistematizada, de maneira a colocar em vitrine os aspectos que permeiam a definição da sua natureza jurídica, nos exatos termos do que se propôs como objetivo. Chega-se, assim, à conclusão de que o instituto, ainda que tratado de determinada forma pelo novo Código, mantém a natureza de uma intervenção atípica, dada a sistematização que lhe foi conferida.

Palavras-chave: *Amicus curiae*. Código de Processo Civil (2015).

Recebido em: 07/11/2017 **Aceito em:** 10/06/2019

ABSTRACT: This is a scientific article with the objective of studying the procedural institute of the *amicus curiae*, focusing on its legal nature, considering the Civil Code of 2015. With this objective, the institute is discussed in its essential bases, as well as its respective doctrinal conceptualization. The construction of knowledge about the legal nature of the friend of the court is also approached. The problems covered at this analysis are: the treatment of the systematics of other kinds of third parties intervention and of justice's auxiliaries; and the legal framework of the institute under study, with the positioning on such matter. Using legislative, doctrinal and jurisprudential research, the institute's structuring elements are approached in a systematic way, in order to show the aspects that permeate the definition of its legal nature, in the exact terms of what was

1 Servidor público de carreira, graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB) e especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). E-mail: aroldo.velozo@gmail.com.

2 Trabalho apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Processual Civil, como requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Civil. Orientadora: Úrsula Ribeiro de Figueiredo Teixeira.

proposed as an objective. Therefore, it is concluded that the institute, although treated in a certain way by the new codex, maintains the nature of an atypical intervention, given the systematization conferred to it.

Keywords: *Amicus Curiae*. Civil Process Code (2015).

Received in: 11/07/2017 **Approved in:** 06/10/2019

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a doutrina discute a respeito da sistematização ideal para o *amicus curiae*. Importada do direito estrangeiro, a participação do amigo da corte no processo tem o nobre “objetivo de viabilizar a formação democrática do precedente judicial, pluralizando o debate sobre temas de reconhecida repercussão social”³. Conforme se demonstrará, a celeuma se intensifica quando se coloca em discussão a natureza jurídica do instituto.

O fato é que as discussões sobre a definição dada pela nova lei processual ainda merecem ser aprofundadas na seara acadêmica, uma vez que o instituto possui caracteres muito próprios, que o distanciam das demais figuras e sujeitos do processo. O presente ensaio tem o escopo de discutir o instituto do *amicus curiae*, propondo uma abordagem que permita a reflexão crítica acerca da forma como o legislador brasileiro o incluiu no ordenamento jurídico pátrio.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC, 2015) avançou a passos largos na sistematização da figura interventiva sob estudo, incluindo-o no rol das intervenções de terceiros, em título destinado à regulamentação dos sujeitos do processo. Resta saber, contudo, se andou bem a novel codificação quando a análise do tratamento legal da matéria foi colocada sob os prismas da história do instituto em tratamento e das figuras processuais que permeiam a formação processualística pátria.

Nesse desiderato, o presente trabalho analisará as intervenções de terceiros e as figuras dos auxiliares da justiça recepcionados pelo CPC (2015), a fim de possibilitar a contraposição ideal entre os institutos que recebem tais classificações e a figura enigmática do amigo da corte. Com isso, pretende-se delinear o enquadramento que esse terceiro recebeu no ordenamento pátrio atual, de modo a fixar um ponto de partida para os estudos que certamente devem se seguir e serem aprofundados acerca dessa figura processual.

3 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. p. 410.

2 NOTAS INAUGURAIS

Na tradução literal, o amigo da corte é designado como a figura que tem o seu ingresso no processo de terceiros admitido pelo juízo, com o objetivo de auxiliar o julgador na interpretação do Direito e de acrescentar informações relevantes para o deslinde da demanda. A conceituação ideal do instituto não é, contudo, tarefa fácil, sobretudo tendo-se em mente que o desenho de uma definição capaz de abarcar todos os seus meandros esbarra na sistematização ainda pobre da matéria.

De início, é necessário fixar que a atuação desse terceiro tem o escopo de auxiliar o julgador, e não uma das partes. Daí o nome amplamente aceito na doutrina e na jurisprudência e positivado expressamente pelo CPC (2015): *amicus curiae*. É o termo que designa, portanto, aquele que “se insere no processo como terceiro que não os litigantes iniciais, movido por um interesse jurídico relevante não correspondente ao das partes”⁴.

Na curta definição de Rónai (1980), o *amicus curiae* é o amigo da justiça, designado por um juiz para aconselhá-lo⁵. Silva (2006) o define “o terceiro no processo que é convocado pelo juiz para prestar informações ou esclarecer questões técnicas, inclusive jurídicas, que interessam à causa”⁶. Mamari Filho (2005) o define, por seu turno, como “aquele que, não sendo parte formal na relação processual, apresenta suas razões a determinada Corte com o intuito de influenciar, em prol do interesse público, o resultado da decisão que será adotada”⁷.

Representando a doutrina mais moderna, Didier Júnior (2016) conceitua o *amicus curiae* como “o terceiro que, espontaneamente, a pedido da parte ou por provocação do órgão jurisdicional, intervém no processo para fornecer subsídios que possam aprimorar a qualidade da decisão”⁸. É, em maior ou menor grau, a linha seguida por outros autores, dentre os quais Marinoni (2016), que o define como “um terceiro que pode participar do processo a

4 VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. Natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, v. 19, n. 6, p. 82, jun. 2007.

5 RÓNAI, Paulo. **Não perca seu latim**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 25.

6 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 104.

7 MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86.

8 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1. p. 529.

fim de oferecer razões para a sua justa solução ou mesmo para formação de um precedente”⁹.

De todo esse substrato, tem-se que o amigo da corte é essencialmente o “terceiro que intervém no processo, seja atendendo à convocação do juiz, seja depois de ter o seu pleito admitido neste sentido, para trazer informações necessárias à elucidação da discussão estabelecida na ação judicial, quando excessivamente complexa ou por demais técnica”¹⁰. É, portanto, o instituto processual que surge como verdadeiro corolário da democratização e da legitimação da atividade jurisdicional, revelando-se um mecanismo extremamente importante, num sistema processual que agora busca privilegiar os precedentes.

3 AS INTERVENÇÕES DE TERCEIROS E OS AUXILIARES DA JUSTIÇA NO NOVO SISTEMA PROCESSUAL

Fixadas as noções preliminares da figura processual do *amicus curiae*, resta agora analisar o conjunto de institutos atualmente existentes na processualística brasileira, com o intuito de avaliar o enquadramento conferido a ele pelo legislador.

Sabe-se que o sistema processual inaugurado pelo CPC (2015) operou alterações substanciais no regramento de diversos institutos e, de modo especial, no que importa para o presente estudo, no tratamento dispensado à intervenção de terceiros. Neste tema específico, além de incluir o *amicus curiae* e o incidente de descon sideração da personalidade jurídica no ordenamento processual pátrio, a nova lei extirpou dele o instituto da nomeação à autoria e retirou a oposição do rol das intervenções, alterando completamente o regramento que lhes dava Código revogado.

Nota-se, pela capitulação adotada pelo CPC (2015), que a nova lei reestruturou o rol dos atores do processo, reunindo por afinidade as diversas figuras em conjuntos organizados conforme o tipo de atuação, posicionando de forma muito clara os litigantes, os terceiros intervenientes e os auxiliares do juízo. Nesse novo esquema normativo, o *amicus curiae* acabou inserido entre as intervenções de terceiros, fato que se coloca no ponto fulcral deste ensaio.

9 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

10 CARVALHO JUNIOR, Aroldo Velozo. **Amicus Curiae**: instrumento de democratização do Poder Judiciário: por uma sistematização. 2010. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2010, p. 26.

Como ponto de partida, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748-4/RS¹¹, teve oportunidade de traçar a diferença existente entre o instituto do *amicus curiae* e o da intervenção de terceiros. Na ocasião, seguindo o voto do relator, Ministro Celso de Mello, a Corte posicionou-se no sentido de que a simples juntada de peças documentais por órgão estatal (que, agindo como colaborador informal da Corte, não integra a relação processual) não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*.

Tomando-se, pois, tudo o que já foi exposto nas linhas acima, é necessário enfrentar agora, já sob a vigência do CPC (2015), o questionamento que durante muito tempo dividiu a doutrina: qual a natureza jurídica do *amicus curiae*? Para nortear essa discussão, seguem-se breves exposições conceituais acerca das duas possíveis classificações que tal figura enigmática poderia ter recebido no novo sistema processual pátrio e que serviam de bandeiras na citada divisão doutrinária: intervenção de terceiro ou auxiliar da justiça.

Ainda para estender o tema sobre qual discussão será concluída neste artigo, será tratada a sistematização que o CPC (2015) deu à forma de intervenção do *amicus curiae*, viabilizando, desse modo, a análise em paralelo de todos os institutos propostos.

3.1 As intervenções de terceiros

Histórica e consagrada é a noção acerca da relação jurídico-processual que se forma entre autor, réu e juiz, embora a atual doutrina processualista já não se prenda mais a tal limitação subjetiva. Trata-se da teoria sistematizada na doutrina de Oskar von Bülow e desenvolvida por Wach, que conta com defensores do quilate de Chiovenda e Calamandrei, segundo a qual a relação jurídico-processual é “a relação triangular, contendo direitos e deveres não só entre as partes, mas também entre estas e o juiz”¹². É, portanto, nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), a “conjugação da atividade de no mínimo três pessoas – um autor que pede, um réu que se defende e um juiz que julga”¹³.

11 Trata-se de recurso em que o Governador do Estado do Rio Grande do Sul agravou ato do relator da ADI nº 748-4/RS, Min. Celso de Mello, que admitiu a juntada de documentos pleiteada pelo Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. A juntada, por linha, dos documentos foi atacada pelo chefe do Executivo local, sob o argumento de que a admissão de documentos juntados por terceiro, estranho à causa, significaria admissão de terceiros intervenientes, expressamente vedada pela então jurisprudência da Egrégia Corte.

12 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. p. 1076.

13 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo**

A doutrina mais moderna reconhece, contudo, que, na medida em que a ordem jurídica reconhece à cada participante do processo um rol de direitos, poderes, faculdades, ônus e deveres no decorrer do procedimento, o processo civil pode ser encarado como uma comunidade de trabalho, ou seja, como um procedimento em que a atividade coordenada de todos que nele tomam parte é direcionada à justa resolução do conflito¹⁴.

Assim, no processo de evolução teórica acerca da relação jurídico-processual, Cintra, Grinover e Dinamarco (2015) reconhecem que:

(...) há situações em que, embora já íntegra a relação processual segundo seu esquema subjetivo mínimo (juiz-autor-réu), a lei permite ou reclama o ingresso de terceiro no processo, seja em sucessão a uma das partes, seja em acréscimo a elas, de modo a ampliar subjetivamente aquela relação.¹⁵

Com efeito, o processo deve ser reconhecido “como um procedimento em que a atividade coordenada de todos que nele tomam parte está constitucional e legalmente direcionada à justa resolução do conflito apresentado pelas partes ao juiz”¹⁶. Não por outra razão que o CPC (2015) impôs, em seu artigo 6º, como obrigação fundamental de todos os sujeitos do processo, o dever de cooperarem entre si, com o objetivo de que seja obtida, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva¹⁷.

É nesse cenário evolutivo que o fenômeno processual da intervenção de terceiros foi recepcionado pela nova lei processual brasileira, ocorrendo “quando alguém ingressa, como parte ou coadjuvante da parte, em processo pendente entre outras partes”¹⁸. Positivam-se, portanto, diversas possibilidades e formas de efetivação daquilo que se chamou comunidade de trabalho,

civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

14 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit.

15 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 390.

16 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit.

17 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. [BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 jan. 2017.

18 MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1974. v. I. n. 236. p. 262.

mediante o estabelecimento de regramentos de cada uma das atuações no seio processual, sempre com os olhos voltados para o objetivo de interferir na decisão judicial.

É possível, pois, definir a intervenção de terceiro como “o fato jurídico processual que implica modificação de processo já existente. Trata-se de ato jurídico processual pelo qual um terceiro, autorizado por lei, ingressa em processo pendente, transformando-se em parte”. Didier Júnior (2016) prossegue esquematizando as premissas fundamentais da teoria da intervenção de terceiros, dividindo-as em dois pontos muito bem delineados: a) terceiros são todos os sujeitos estranhos a dado processo, que se tornam partes a partir do momento em que intervenham; e b) o acréscimo de sujeitos ao processo, em qualquer hipótese de intervenção, não importa criação de processo novo¹⁹.

O CPC (2015), como visto, recatologou os casos de intervenção de terceiros, alterando o regime da matéria em relação à legislação anterior e prevendo as seguintes modalidades interventivas: assistência, denúncia da lide, chamamento ao processo, incidente de desconsideração da personalidade jurídica e *amicus curiae*.

Nesse ponto da exposição, é importante abordar cada uma das espécies de intervenção recepcionadas pela nova ordem processual brasileira, traçando os respectivos conceitos e regras procedimentais mais básicas, com objetivo de avaliar o nível de adequação da figura do *amicus curiae* aos demais institutos que lhe estão ladeados. Para tanto, cada uma das modalidades interventivas será tratada de forma individual, embora resumida.

3.1.1 Assistência

A assistência é a primeira das modalidades de intervenção tratadas pelo CPC (2015), ocorrendo “quando terceiro, na pendência de uma causa entre outras pessoas, tendo interesse jurídico em que sentença seja favorável a uma das partes, intervém no processo para prestar-lhe colaboração”²⁰. O assistente, portanto, não é parte, mas ingressa no processo alheio para auxiliar uma das partes a obter para si a vitória, por ter interesse jurídico em que o provimento jurisdicional ocorra num ou noutro sentido.

É necessário perceber que o CPC (2015) incluiu a assistência no rol das intervenções de terceiros, diferentemente, portanto, do tratamento que lhe

19 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1. p. 484.

20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. p. 1076.

ofertava o Código de Processo Civil de 1973 (CPC, 1973). Trata-se de alteração há muito reclamada pela doutrina que, de maneira geral, considera que o ingresso do assistente no processo é um dos mais típicos casos de intervenção voluntária de terceiro, mesmo quando for considerado assistente litisconsorcial da parte principal²¹.

A intervenção de terceiro como assistente pressupõe a existência de um interesse que não consista na tutela de direito subjetivo seu, mas na manutenção ou na conquista de uma situação jurídica de outrem, que lhe vai favorecer. Alguns exemplos: o ingresso do sublocatário em processo de despejo movido contra o locatário, em que o direito daquele de permanecer no imóvel depende da preservação do direito deste; ou o caso daquele que, podendo ser denunciado à lide, não o é, mas pode intervir como assistente, a fim de que não sobrevenha sentença contra aquele que poderia tê-lo denunciado²².

O novo ordenamento processual manteve a importante diferenciação entre a assistência simples, ilustrada nos exemplos acima, e a assistência litisconsorcial, caracterizada pela existência de interesse jurídico imediato na causa. Esta é, pois, verdadeira forma de intervenção litisconsorcial, como sentenciar Silva (2001)²³, e ocorre “quando o terceiro assume a posição de assistente na defesa direta de interesse próprio contra uma das partes”²⁴. Ou seja, quando o terceiro age em função do fato de a sentença poder influenciar sua relação jurídica com o adversário do assistido, nos exatos termos do art. 124 do CPC (2015)²⁵.

Haverá interesse jurídico imediato do terceiro em duas situações: ou “o assistente afirma-se titular exclusivo ou cotitular da relação jurídica discutida; ou o assistente afirma-se legitimado extraordinário à defesa em juízo da

21 TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. I. p. 222; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, n. 236. p. 263.

22 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1. p. 484.

23 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Assistência litisconsorcial, da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 51

24 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. p. 1076.

25 Art. 124. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 26 jan. 2017.)

relação jurídica que está sendo discutida”²⁶. Trocando em poucas palavras, o assistente litisconsorcial nada mais é do que o fenômeno do litisconsórcio unitário ulterior, já que não figurou como litisconsorte na origem do processo, embora pudesse sê-lo.

À guisa de exemplo, é o que acontece com o herdeiro que intervém na ação em que o espólio é parte representada pelo inventariante, caso em que a sentença a ser proferida perante o espólio, por lógica, não terá um efeito meramente reflexo sobre o herdeiro, mas um efeito direto e imediato sobre o seu direito na herança litigiosa. Por fim, “o assistente litisconsorcial é aquele que mantém relação jurídica própria com o adversário da parte assistida e que assim poderia desde o início da causa figurar como litisconsorte facultativo”²⁷.

3.1.2 Denúnciação da lide

Introduzida no direito processual brasileiro pelo CPC (1973), em substituição à antiga figura do chamamento à autoria, conforme aponta Dinamarco (2009)²⁸, a denúnciação da lide consiste em forma de intervenção forçada “em que ao mesmo tempo em que se noticia a existência de determinado litígio a terceiro, propõe-se nova ação eventual de regresso contra o terceiro”²⁹. Trata-se, portanto, de uma intervenção provocada, na medida em que o terceiro é chamado a integrar o processo, porque uma demanda lhe é dirigida. Ou seja, a denúnciação da lide, ao fim e ao cabo, é uma das expressões do direito de ação, isto é, “uma demanda incidente, regressiva, eventual e antecipada”³⁰.

O CPC (2015), seguindo a posição doutrinária e jurisprudencial que já dominava à época da vigência do CPC (1973), retirou a obrigatoriedade da denúnciação da lide em todos os casos da sua aplicação, dispondo que sua utilização é admissível, ou seja, opcional, quando promovida por qualquer das partes: a) ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da

26 DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 484.

27 THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 363.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 147-148.

29 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

30 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1. p. 499.

evicção lhe resultam; e b) àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

De fato, sob a vigência do CPC (1973), doutrina e jurisprudência mantinham o entendimento de que, ainda que a lei processual impusesse a denúncia da lide como uma obrigação, tal obrigatoriedade decorria do direito material, e não da lei processual³¹. Esse entendimento decorria da seguinte redação do artigo 456 do Código Civil, vigente até a entrada em vigor do CPC (2015):

Art. 456. Para poder exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo.

Parágrafo único. Não atendendo o alienante à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos.

Todavia, o CPC (2015), para eliminar a obrigatoriedade com eficácia, além de estabelecer nova redação para a previsão da espécie interventiva, revogou o precitado artigo 456 do Código Civil, acabando de vez com o entendimento que extraía da lei material a obrigação da denúncia. Assim, não há mais espaço para a alegação de que a falta da denúncia da lide leva à perda do direito de regresso, na medida em que a nova lei foi cuidadosa ao prever que o direito de regresso “será exercido por ação autônoma quando a denúncia da lide for indeferida, não for promovida ou não for permitida”³².

Quanto às hipóteses de aplicação, a denúncia da lide é admitida, primeiramente, nas situações de evicção³³, podendo ser veiculada “ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resulta”,

31 THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 382.

32 Art. 125. [...] § 1º O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denúncia da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 jan. 2017.)

33 Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), “A evicção é uma garantia, comum nos contratos comutativos, em que há dever de transferir domínio de determinada coisa, pela qual o alienante se obriga a reparar os prejuízos do adquirente (valor do preço pago, indenização dos frutos que tiver de devolver, despesas com o contrato e ainda despesas judiciais), caso esse venha a perder o domínio sobre a coisa em virtude de decisão judicial (que reconheça direito de terceiro anterior à aquisição). Essa garantia pode ser excluída no contrato celebrado, caso em que não operará esse benefício, em terá utilidade a denúncia da lide”.

nos exatos termos do inciso I do art. 125 do CPC (2015). Essa possibilidade é destinada, portanto, como reconhece Fux (1991), a todo aquele que, adquirindo a título oneroso o domínio, a posse ou o uso da coisa, vem a perdê-los em ação própria, por decisão judicial³⁴.

A segunda hipótese de cabimento da denunciação da lide diz respeito aos casos em que se legitime a ação de regresso. Trata-se, por exemplo, do caso das relações envolvendo contrato de seguro, em que a empresa seguradora está obrigada a indenizar, em ação regressiva, os prejuízos do segurado. A denunciação da lide, nessa hipótese, tem por efeito a inclusão da demanda de regresso no bojo do processo instaurado, a fim de que, na eventualidade de o beneficiário restar vencido, seja analisada imediatamente a ação de regresso entremeadada. Outro exemplo é a possibilidade do direito de regresso do Estado contra o servidor público causador do dano que ensejou a responsabilidade civil do ente estatal.

Pode-se extrair dessa breve exposição, portanto, que tanto no caso da garantia da evicção, quanto no direito regressivo de indenização, o terceiro vem ao processo para defender interesse seu, de forma direta e em nome próprio. Isso porque, caso o denunciante seja condenado e a ação regressiva introduzida seja julgada procedente, o denunciado também será condenado, podendo ter contra si, inclusive, requerido o cumprimento de sentença, nos limites da sua condenação, conforme o teor do parágrafo único do art. 128 do CPC (2015)³⁵.

3.1.3 Chamamento ao processo

Também introduzido pelo CPC (1973) e mantido pelo CPC (2015), é o meio processual dado aos fiadores e aos devedores solidários no processo em que um ou alguns deles for(em) demandado(s) para chamar o(s) responsável(is) principal(is), o(s) corresponsável(is) ou o(s) coobrigado(s), a fim de que assumam a posição de litisconsorte(s), caso em que passa(m) a se submeter à coisa julgada³⁶. A finalidade do instituto, portanto, é “favorecer o devedor que está sendo acionado, porque amplia a demanda, para permitir a condenação

34 FUX, Luiz. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 35.

35 Art. 128. [...] Parágrafo único. Se o denunciante for vencedor, a ação de denunciação não terá o seu pedido examinado, sem prejuízo da condenação do denunciante ao pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 26 jan. 2017.)

36 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1. p. 529.

também dos demais devedores, além de lhe fornecer, no mesmo processo, título executivo judicial para cobrar deles aquilo que pagar”³⁷.

Segundo o art. 130 do CPC (2015), podem ser chamados ao processo a) o afiançado, quando o fiador for réu, b) os demais fiadores, quando apenas um ou alguns deles for(em) demandado(s), ou c) os devedores solidários, quando um ou alguns deles for(em) demandado(s) pela integralidade da dívida. É importante perceber que apenas o réu tem legitimidade para manejar o chamamento ao processo e que, por esse meio, traz à composição da lide o sujeito que, assim como ele, tem relação jurídica com o autor demanda, fazendo formar, assim, um litisconsórcio ulterior, passivo e facultativo³⁸.

É a existência de relação jurídica direta entre o chamado e o autor da demanda que distanciam o instituto do chamamento da denúncia da lide. De fato, o denunciado não tem vínculo nem relação jurídica com o autor da ação, apenas com o denunciante. Ou seja, a relação jurídica que ensejou a demanda judicial existe exclusivamente entre o autor e o réu, sendo outra e exclusiva a que vincula denunciante e denunciado³⁹.

Outro aspecto importante sobre o chamamento ao processo é o fato de que “o legislador processual está retirando com a mão esquerda aquilo que o legislador material deu ao credor com a direita”⁴⁰. É que, conforme a regra estabelecida pelo art. 275 do Código Civil, havendo solidariedade passiva, o credor pode exigir a dívida de qualquer um dos codevedores. Instaurando-se, contudo, a demanda judicial, o benefício é perdido, já que o demandado pode trazer à composição da lide o outro devedor, impondo ao demandante prosseguir no processo contra quem não ajuizou a ação. Embora reconheça tal peculiaridade, Dinamarco (2009) defende o instituto processual, argumentando que “se um só processo for capaz de oferecer resultados para cuja obtenção seriam necessários dois ou três, é legítimo impor ao autor essa espera, em nome do interesse público e da boa fluência do sistema”⁴¹.

37 BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. I. t. II. n. 434, p. 359.

38 DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 530.

39 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. p. 363.

40 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1974. p. 89.

41 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 184.

Em via conclusiva, é possível finalizar com Dinamarco (2009) para registrar que as pessoas que podem ser chamadas ao processo têm sempre alguma obrigação perante a parte contrária que as chama, ou seja, possuem legitimidade passiva ordinária, o que quer dizer que poderiam ter sido demandadas diretamente pelo autor⁴². Daí, pois, que o chamado vem ao processo para defender interesse jurídico direto seu, que está imiscuído em relação jurídica pré-existente entre ele e o autor da ação, o qual poderia tê-lo trazido à lide diretamente, eis que legitimado passivo. Não se trata, portanto, de uma atuação com o escopo de auxiliar o chamante a obter resultado favorável, mas de defesa direta, motivada pelo interesse de obter provimento jurisdicional favorável para si.

3.1.4 Desconsideração da personalidade jurídica

Inovando na ordem legislativa processual pátria, o legislador de 2015 introduziu o regramento procedimental para o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que está previsto no art. 50 do Código Civil⁴³ e no art. 28, *caput* e § 5º do Código de Defesa do Consumidor⁴⁴, inserindo-o, para tanto, entre as hipóteses de intervenção de terceiros. Tal incidente viabiliza, assim, a partir do contraditório e da instrução probatória específica, a desconsideração da personalidade jurídica, de forma direta ou inversa, nos casos estabelecidos pelo direito material, “seja para possibilitar o alcance de bens

42 DINAMARCO, op. cit., p. 183.

43 Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 23 jan. 2017.)

44 Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...] § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2017.)

do sócio por dívida da sociedade, seja para ensejar a constrição de bens da sociedade por dívida do sócio⁴⁵.

Trata-se, pois, de intervenção de terceiros, na medida em que pode resultar no ingresso de terceiro para o qual se busca dirigir a responsabilidade patrimonial⁴⁶, e que, portanto, é trazido à relação jurídico-processual formada para falar em nome próprio, defendendo interesse direto seu. Isso acontece porque “o principal efeito da desconsideração da personalidade jurídica é imputar aos sócios ou administradores da empresa a responsabilidade pelos atos fraudulentos praticados em prejuízo de terceiros”⁴⁷. Ou seja, instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, direta ou inversa, a terceira pessoa será trazida à discussão estabelecida no processo, a fim de que possa exercer o contraditório e a ampla defesa, já que poderá ser dado provimento jurisdicional capaz de atingir-lhe a esfera de direitos.

No que diz respeito aos aspectos procedimentais, o CPC (2015) foi cuidadoso ao sistematizar e proceduralizar o ingresso desse terceiro. Importa, nesse sentido, ressaltar alguns aspectos, naquilo que guarda estreita pertinência com a matéria objeto do presente estudo: a) o incidente somente pode ser instaurado por iniciativa das partes ou do Ministério Público, em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e na execução de título extrajudicial; b) ainda que seja uma intervenção de terceiros, sua aplicação no âmbito dos juizados especiais cíveis está autorizada pelo art. 1.062 do CPC⁴⁸; c) o incidente de desconsideração, além de introduzir sujeito novo no processo, amplia o objeto da causa, na medida em que se acresce novo pedido, qual seja: a aplicação da sanção da desconsideração da personalidade jurídica ao terceiro; e d) instaurado o incidente, o terceiro é citado para se defender e requerer a produção de provas, sendo a decisão judicial proferida por meio de interlocutória atacável por agravo de instrumento, a ser interposto pelo terceiro trazido aos autos.

45 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

46 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1. p. 521.

47 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. p. 405.

48 Art. 1.062. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 23 jan. 2017.)

Por fim, é necessário observar que a desconsideração da personalidade jurídica deixa de ser considerada uma espécie de intervenção de terceiros quando requerida na petição inicial de processo de conhecimento, conforme permite inferir a letra do art. 134, § 2º, do CPC (2015). Ocorre, em tais casos, o que Didier Junior (2016) chama de litisconsórcio eventual, caracterizado pela formulação de pedidos cumulados, em que cada pedido é dirigido a uma pessoa, mas o segundo somente pode ser examinado se o primeiro não puder ser atendido⁴⁹. Fica desconfigurado, portanto, nessa hipótese, o desenho processual clássico em que, numa demanda posta contra alguém, após a formação da relação jurídico-processual, um terceiro é introduzido para defender seu interesse ou auxiliar uma das partes.

3.2 Os auxiliares da justiça

Além do juiz, das partes e dos terceiros que eventualmente intervêm no processo, dele participam também os auxiliares do juiz, que são os “servidores públicos ou cidadãos comuns (investidos de múnus público) que, no exercício de seus misteres, atendem às determinações do juiz, dando sequência a atos de vital importância para o desenvolvimento do processo e para a garantia da infraestrutura necessária ao exercício da jurisdição”⁵⁰. Sua função central é a de coadjuvar o juiz na condução do processo civil, a fim de que se chegue a uma decisão justa em um prazo razoável, no que se coadunam com a já mencionada comunidade de trabalho que é formada em torno do processo civil. Surgem, em última análise, do comando constitucional insculpido no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁵¹, que confere a todo cidadão o direito à razoável duração do processo, regra que foi absorvida pelos artigos 4º e 6º do CPC (2015)⁵².

49 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1. p. 521.

50 NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 617.

51 Art. 5º. [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 jan. 2010.)

52 Art. 4o As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Art. 6o Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 jan. 2017.)

Nessa condição, é útil pinçar um importante aspecto do conceito sobre os auxiliares da justiça, naquilo que guarda pertinência com o escopo do presente trabalho. Trata-se do ponto em que este brevíssimo estudo estabelece a concepção de que a função central de tais atores é a de coadjuvar o juiz na condução do processo civil, de forma imparcial, com objetivo de que se alcance uma decisão justa.

Assim é, pois, que, nas breves linhas que se seguem, serão tratadas as funções de cada uma das figuras a quem o CPC (2015) chama de auxiliares da justiça, as quais serão abordadas em duas categorias: a) auxiliares ordinários, aqueles que atuam em todos os processos, por imposição legal; e b) auxiliares extraordinários, aqueles que atuam apenas em determinados feitos, por necessidade pontualmente identificada.

3.2.1 Auxiliares ordinários

Conforme introduzido, consideram-se auxiliares ordinários aqueles atores que operam em qualquer processo, independentemente da forma ou do vínculo que enseja tal atuação, com o objetivo de fazer com que o trâmite processual ocorra. Nessa categoria estão inseridos o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o conciliador e o mediador.

Iniciando a análise pelo escrivão e pelo chefe de secretaria, nota-se que o CPC (2015) cuidou de elencar as respectivas atribuições, definindo de forma exata o seu papel no bojo do processo civil⁵³. Trata-se, pois, de um arcabouço de atribuições administrativas e de expediente que são incumbidas a tais serventuários, as quais podem ser compreendidas resumidamente como: praticar os atos de expediente necessários ao regular desenvolvimento do processo, sob orientação e direção do juiz. São, portanto, na visão de Theodoro Júnior

53 Art. 152. Incumbe ao escrivão ou ao chefe de secretaria: I - redigir, na forma legal, os ofícios, os mandados, as cartas precatórias e os demais atos que pertençam ao seu ofício; II - efetivar as ordens judiciais, realizar citações e intimações, bem como praticar todos os demais atos que lhe forem atribuídos pelas normas de organização judiciária; III - comparecer às audiências ou, não podendo fazê-lo, designar servidor para substituí-lo; IV - manter sob sua guarda e responsabilidade os autos, não permitindo que saiam do cartório, exceto: a) quando tenham de seguir à conclusão do juiz; b) com vista a procurador, à Defensoria Pública, ao Ministério Público ou à Fazenda Pública; c) quando devam ser remetidos ao contabilista ou ao partidor; d) quando forem remetidos a outro juízo em razão da modificação da competência; V - fornecer certidão de qualquer ato ou termo do processo, independentemente de despacho, observadas as disposições referentes ao segredo de justiça; VI - praticar, de ofício, os atos meramente ordinatórios. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 jan. 2017.)

(2014), os mais importantes auxiliares do juízo, pois encarregam-se de dar andamento ao processo e documentar os atos que se praticam em seu curso⁵⁴.

O CPC (2015) não se descuidou de delinear de modo também exato as atribuições do oficial de justiça⁵⁵, definindo-o como o profissional subalterno à função jurisdicional, encarregado de cumprir as ordens judiciais que determinam a prática de diligências fora do cartório. Para o exercício de tal mister, assim como o escrivão e o chefe de secretaria, o oficial de justiça goza de fé pública, roupagem que dá cunho de veracidade a tudo o quanto registra nos autos, como resultado do cumprimento dos mandados de citação, intimação, notificação, penhora, sequestro, busca e apreensão, imissão de posse, condução de testemunhas, etc., ou seja, no exercício de seu ofício, ressalvada prova em sentido contrário.

Por fim, ainda no rol dos auxiliares ordinários, surgem os mediadores e conciliadores, figuras introduzidas no ordenamento processual pátrio pela nova lei processual. São os sujeitos com maior destaque topográfico na seara dos auxiliares da justiça, seja por encerrarem uma novidade positiva, seja por sublinharem uma tendência geral de buscar por uma solução alternativa à decisão judicial para composição dos litígios, seja ainda pela tendência particular inaugurada pelo novo CPC (2015) de emprestar maior relevo à autonomia privada⁵⁶. Sua importância no desenho processual moderno é tamanha que o legislador alterou significativamente o consagrado rito procedimental, fazendo com que, agora, por via de regra, o réu não seja mais citado para contestar, mas para comparecer à audiência de conciliação, cuja realização ocorre perante conciliadores e mediadores, em auxílio ao juiz.

54 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. p. 441.

55 Art. 154. Incumbe ao oficial de justiça: I - fazer pessoalmente citações, prisões, penhoras, arrestos e demais diligências próprias do seu ofício, sempre que possível na presença de 2 (duas) testemunhas, certificando no mandado o ocorrido, com menção ao lugar, ao dia e à hora; II - executar as ordens do juiz a que estiver subordinado; III - entregar o mandado em cartório após seu cumprimento; IV - auxiliar o juiz na manutenção da ordem; V - efetuar avaliações, quando for o caso; VI - certificar, em mandado, proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber. Parágrafo único. Certificada a proposta de autocomposição prevista no inciso VI, o juiz ordenará a intimação da parte contrária para manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sem prejuízo do andamento regular do processo, entendendo-se o silêncio como recusa. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 24 jan. 2017.)

56 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

Por serem novidades consideráveis, conforme exposto, e tendo em conta o escopo da presente exposição, é útil distinguir as funções de mediador e conciliador, tarefa muito bem desempenhada pelos parágrafos 2º e 3º do art. 165 do CPC (2015). Assim, o conciliador é aquele que atua preferencialmente nos casos em que não haja vínculo anterior entre as partes, sugerindo soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para promover a conciliação. O mediador, por sua vez, atua preferencialmente nos casos em que tenha havido vínculo anterior entre as partes, auxiliando-as a compreender as questões e interesses conflituosos, promovendo um ambiente propício à comunicação e à identificação autônoma de soluções consensuais com benefícios mútuos.

A atuação do mediador e do conciliador, portanto, em nada se confunde com a função judicante nem com nenhuma das demais funções dos auxiliares da justiça. O exercício de sua missão visa auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, sendo ambas as funções informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, de onde se constrói o terreno fértil para o sucesso da operação de tais atores.

3.2.2 Auxiliares extraordinários

Por auxiliares extraordinários entendem-se os ajudantes que atuam apenas extraordinariamente, por interesse de qualquer uma das partes ou por determinação do juiz, seja para auxiliar com a prática de atos administrativos necessários ao regular andamento do feito, seja para emprestar o conhecimento técnico ou científico que detenham. Nesta categoria estão inseridos o perito, o tradutor ou intérprete e o depositário ou administrador.

O perito é o auxiliar extraordinário que eventualmente é chamado pelo juízo para prestar auxílio quando a produção da prova do fato sob litígio depender de conhecimento técnico científico. Sua escolha é feita pelo magistrado ou pelas partes, mediante acordo processual, e sua invocação, para além de uma faculdade, é uma obrigação imposta pelo CPC (2015), não sendo dado ao julgador, a pretexto de valer-se de conhecimentos pessoais de natureza técnica, dispensar a perícia⁵⁷. São, portanto, os *experts*, que emprestam o seu

57 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 815.191/MG. Ementa: ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL – COBERTURA VEGETAL – CRITÉRIO DA UNIDADE – MP 2.183/01. 1. A MP 2.183/01 estabelece que, na avaliação do imóvel expropriado, deve a cobertura vegetal ser avaliada juntamente com a terra nua. 2. Acórdão recorrido que, aplicando a MP 2.183/01, ordenou fosse do valor da avaliação descontado o preço da terra nua. 3. O Tribunal a quo, ao afastar a prova pericial por considerá-la de baixa qualidade, avançou para fazer a sua própria avaliação. 4. O Juiz não pode substituir critérios técnicos por sua própria análise. Assim, ao

conhecimento científico ao processo, produzindo prova em escrito, com o objetivo de auxiliar na formação da convicção do julgador.

Os intérpretes ou tradutores, por sua vez, são chamados ao processo pelo juízo para o exercício do encargo de traduzir para vernáculo pátrio os atos e documentos que estejam em língua estrangeira ou em linguagem própria de surdos. Da mesma forma que o perito, são auxiliares chamados ao processo para suprir uma necessidade de ordem técnica, emprestando seu conhecimento em serviço à solução mais justa e imparcial da lide. A eles aplicam-se as mesmas regras de obrigatoriedade e de escusas aplicadas ao perito, dada a semelhança das funções.

Na mesma linha, por fim, estão o depositário e o administrador, aos quais é confiada a guarda, a conservação, a manutenção e, no caso do administrador, a gestão dos bens colocados às ordens do juízo por força de atos constrictivos, como penhora, arresto, sequestro, etc. Tratam-se de funções remuneradas, sobre as quais pesa responsabilidade, inclusive na esfera penal, pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, forem causados à parte, com possibilidade de imposição de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça.

3.3 O *amicus curiae*

Como visto nos capítulos que inauguram esta obra, o *amicus curiae* é o terceiro que, seja por vontade própria, seja por provocação da parte ou do magistrado, atua em processo de outrem para fornecer subsídios que possam aprimorar a qualidade da decisão. Assim, considera-se que “sua participação é, em verdade, meramente opinativa a respeito da matéria objeto da demanda”⁵⁸, servindo para o aprimoramento da tutela jurisdicional.

Com a superveniência do CPC (2015), o *amicus curiae* passou a ser arrolado na lista das modalidades de intervenção de terceiros, passando a ser possível em qualquer processo, desde que se trate de causa relevante com tema específico ou com repercussão social. Tal expansão do instituto atende aos anseios da doutrina e dos operadores do Direito, que já identificavam, antes da nova lei, a necessidade de ampliar as possibilidades de utilização dessa figura interventiva em todas as ações judiciais, seja devido ao interesse coletivo que

afastar a perícia, deve ordenar o magistrado o refazimento da prova pericial. 5. Recurso especial do INCRA improvido e provido o recurso dos expropriados. Relator: Ministro Castro Meira. Relator para o acórdão: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 12 dez. 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=627026&num_registro=200600231157&data=20070205&formato=PDF. Acesso em: 26 jan. 2017.

58 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. p. 408.

exige a participação social democrática e legitimadora, seja devido à complexidade eventualmente existente da matéria posta sob julgamento⁵⁹.

A nova lei, portanto, sistematizando a matéria e procedimentalizando a atuação do *amicus curiae*, passou a exigir que a intervenção nessa modalidade seja efetivada por pessoa natural, pessoa jurídica ou órgão ou entidade especializada, que detenha representatividade adequada. Isso quer dizer que o pretense amigo da corte deve possuir algum vínculo com a questão litigiosa, de modo a demonstrar que pode contribuir para a solução. O requisito da representatividade tem-se por preenchido quando o amigo do tribunal:

For portador de valores ou de interesses de blocos, grupos, classes ou estratos da sociedade ou de órgãos, instituições, potências públicas e do próprio Estado; gozar de idoneidade na sua área de conhecimento ou no seu ramo de atuação; e, ainda, houver pertinência temática entre a sua *expertise* ou fins a que se destina e a discussão trazida à baila no processo e que rendeu ensejo à sua intervenção no processo⁶⁰.

A pluralidade de intervenientes também é admitida na medida em que a variedade de opiniões sobre o mesmo tema tem o condão de enriquecer o debate, qualificando a decisão judicial, sendo esse o objetivo maior do instituto⁶¹. Com efeito, uma vez que a função dos *amici curiae* é a de prestar contribuições técnicas para o robustecimento da discussão posta em juízo, tanto melhor que várias opiniões sobre o mesmo tema possam ser lançadas nos autos, a fim de que o provimento jurisdicional ganhe a qualidade pretendida pelo legislador ao admitir tal figura interventiva.

O ingresso do amigo da corte depende de autorização judicial, a ser proferida por ofício ou por requerimento do interessado ou das partes, tendo o Supremo Tribunal Federal fixado que, no âmbito daquele colegiado, o prazo para apresentação do requerimento de ingresso encerra-se na data em que o

59 Segundo Carvalho Júnior (2010, p. 63): "Urge, contudo, a necessidade de se ampliar essa visão para abarcar todos os ramos do Direito, em atenção à exigência de que o cidadão exerça sua cidadania ativa de forma ampla, alargando-se o âmbito de ingerência do amigo da corte para as mais diversas ações judiciais. Esse alargamento há que se operar, seja por se tratar de causa que tenha por objeto um interesse coletivo, exigindo a participação social como forma de legitimação democrática do julgado, seja porque a complexidade da matéria versada e a pluralidade da sociedade moderna exijam o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, por meio do enriquecimento dos conhecimentos daquele que julga".

60 BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 147.

61 DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1. p. 530.

relator liberar o processo para inclusão em pauta⁶². Ante à ausência de disposição específica no CPC (2015), acredita-se que tal entendimento deve prevalecer, traduzindo-se, para os juízos monocráticos, como a data da conclusão o feito para sentença. Uma vez admitido o ingresso do terceiro colaborador, o prazo para manifestação é de 15 dias e, caso seja apresentada junto ao requerimento de ingresso, sendo inadmitida a participação, deve ser desentranhada dos autos.

A decisão que admite ou provoca a intervenção do *amicus curiae* é irreversível, ao contrário daquela que rejeita o pedido de ingresso. Nesse ponto, vem a lume a interpretação construída por Binenbojm (2004), para quem a irreversibilidade pertence apenas às decisões positivas, sendo passíveis de impugnação as de cunho negativo, dada a ausência de óbice legal expresso⁶³. É como entende, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência se consolidou no sentido de que ao *amicus curiae* não é dada legitimidade para recorrer das decisões proferidas no bojo das ações do controle concentrado de constitucionalidade, “senão apenas para, na condição de requerente, impugnar a decisão que lhe não admita a intervenção na causa, naquela qualidade”⁶⁴.

Os poderes do *amicus curiae*, são, portanto, restritos, ainda que o § 2º do art. 138 do CPC (2015) tenha atribuído ao juiz ou relator a definição dos poderes do amigo da corte na decisão que solicitar ou admitir sua intervenção.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 4071 AgR. Ementa: EMENTA Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário. 2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual “a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator”. 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes, o que não se verifica no caso. 4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Brasília, 22 abr. 2009. Relator: Ministro Menezes Direito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604046>. Acesso em: 26 jan. 2017.

63 BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, Brasília, v. 22, n. 78, p. 161, out./dez. 2004.

64 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3.105-8 ED/DF. Ementa: Ação declaratória de inconstitucionalidade – ADI. *Amicus curiae*. Recurso. Legitimidade ou legitimação recursal. Inexistência. Embargos de declaração não conhecidos. Interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. *Amicus curiae* não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, salvo da que o não admita como tal no processo. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 02 fev. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408591>. Acesso em: 25 jan. 2017.

Nesse sentido, por expressa disposição legal, no que toca à legitimidade recursal, além de poder recorrer da decisão que inadmite o seu ingresso no feito, pode o amigo da corte opor embargos declaratórios e impugnar decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas, tudo nos exatos termos dos parágrafos 1º e 3º do mesmo art. 138.

Assenta-se, pois, que, ao passo em que o juiz não pode dar legitimidade recursal nos casos em que a lei expressamente a retirou, pode autorizar, por exemplo, a produção de provas e a sustentação oral. Há, então, um “núcleo essencial ineliminável”⁶⁵ de poderes dos *amici curiae*, assim colmatados por Talamini (2015): a) apresentar manifestação por escrito em quinze dias; b) opor embargos de declaração; e c) interpor recurso contra acórdão que julgar incidente de resolução de demandas repetitivas.

Para evitar polêmicas que certamente surgiriam no que toca à possibilidade de deslocamento da competência pelo ingresso de órgão ou entidade federal, o CPC (2015) foi expresso ao determinar que a intervenção do *amicus curiae* não implica tal alteração. Desse modo, “se, por exemplo, uma entidade autárquica federal for admitida como *amicus curiae* em processo que tramita perante a Justiça Estadual, não haverá deslocamento para a Justiça Federal”⁶⁶, já que o amigo da corte não é titular da relação jurídico litigiosa.

Por fim, a lógica processual exige que os argumentos trazidos pelo *amicus curiae* regularmente admitido ou provocado a atuar no feito sejam considerados na decisão que vier a ser proferida. Foi essa a conclusão a que chegou o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis na aprovação do Enunciado nº 128, segundo o qual “no processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489”⁶⁷. A omissão judicial acerca dos argumentos deduzidos pelo amigo da corte abre oportunidade para a oposição dos embargos de declaração pelo interveniente ignorado ou pelas partes.

65 TALAMINI, Eduardo. Do *amicus curiae*. In: WAMBIER, Tereza et al (Coord.). **Breves Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 445.

66 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1. p. 531.

67 ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVILS. Vitória, 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

4 O *AMICUS CURIAE*: ENQUADRAMENTO POSSÍVEL

De toda a exposição histórica, doutrinária, legislativa e jurisprudencial registrada no presente trabalho, convém abordar de uma vez por todas, com base nos conhecimentos e na linha expositiva construída, a questão da natureza jurídica do *amicus curiae*, que figurou como objetivo do presente trabalho. Indaga-se, nessa medida, se o instituto se classifica como uma hipótese de intervenção de terceiro ou de um auxiliar da justiça.

De início, é necessário reconhecer que a discussão estabelecida se passa muito mais no terreno acadêmico do que no terreno prático, uma vez que o legislador, de forma muito clara, tomou partido na discussão doutrinária e colocou fim à controvérsia: o *amicus curiae* é uma intervenção de terceiro. Veja-se, pois, que mesmo Didier Junior (2005), que já sustentou com veemência que o *amicus curiae* não era terceiro, mas auxiliar da justiça⁶⁸, seguindo a linha adotada por Aguiar (2005)⁶⁹, abandonou a discussão ao reconhecer que a redação do CPC (2015) encerra de vez a celeuma⁷⁰. A bem da verdade, a opção legislativa atende aos anseios da maior parte da doutrina, que se inclina a caracterizar o amigo da corte como uma espécie de intervenção de terceiros, distinta das demais, mas ainda assim uma intervenção de terceiros⁷¹.

De fato, tomando para análise a expressão “intervenção de terceiros” de forma ampla e genérica, sem os caracteres que lhe são delineados pelas espécies elencadas pelo CPC (2015), não há como fugir da constatação de que a entrada do amigo da corte no processo é uma intervenção de um estranho, de um alheio, ou seja, de um terceiro. Etimologicamente, tem-se que a palavra “intervir” significa entrar no meio, de modo que toda vez que alguém ingressar em processo pendente, ter-se-á por interventiva tal conduta; e a palavra “terceiro” representa, no presente escopo, aquele que não é parte na ação. Assim, se a intervenção é o ato ou efeito de “entrar no meio” e terceiro é o alheio à relação jurídico-processual inicial, deve mesmo o *amicus curiae* ser considerado uma intervenção de terceiro⁷².

68 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Recurso de terceiro**: juízo de admissibilidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 186.

69 AGUIAR, Mirella de Carvalho. **Amicus curiae**. Salvador: Editora JusPodivm, 2005. p. 56-60.

70 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1. p. 531.

71 ABRAÃO, Pauline do Socorro Lisboa. Algumas considerações críticas sobre a natureza jurídica do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 105, p. 80, 2011.

72 CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen* interesses. **Revista de Processo**, Porto Alegre, v. 29, n. 117, p. 17, set./out. 2004.

Há, contudo, uma característica muito própria do amigo da corte que o distingue das demais intervenções tipificadas na lei processual: o motivo da intervenção. Como visto ao longo deste trabalho, a assistência, a denúncia da lide, o chamamento ao processo e a desconsideração da personalidade jurídica trazem aos autos alguém que, não tendo participado da formação inicial da relação jurídico-processual, nela ingressa para defender interesse seu. O assistente pretende que o assistido ganhe, a fim de não sofrer os reflexos da decisão que lhe for contrária; o denunciado pretende que o denunciante ganhe, uma vez que, se ele perder, sobrevir-lhe-á sentença condenatória em regresso; o chamado ingressa no feito para defender-se diretamente contra a pretensão deduzida pelo adversário do chamante; e a pessoa jurídica ou a pessoa física, admitida a desconsideração direta ou inversa da personalidade jurídica, defende-se também diretamente contra a pretensão deduzida pelo autor da ação.

O *amicus curiae*, por seu turno, embora tenha a clara pretensão de que, por meio da sua contribuição, a ação seja julgada favoravelmente a uma ou a outra parte, atua, na verdade, com o fito de colaborar “para a tomada de uma decisão justa pelo Poder Judiciário, por meio de uma atuação meramente informativa”⁷³. De fato, “o interesse desse ‘terceiro’ não é processual – interesse de agir –, mas sim de ordem material, ou seja, na matéria em questão, razão pela qual não se confundem”⁷⁴ as figuras interventivas do processo civil tradicional com o instituto em estudo. É como corrobora Cabral (2004) ao aduzir que “o *amicus curiae*, uma vez admitida sua manifestação, não se agrega à relação processual, porque seu interesse no litígio é decorrente do direito à participação no processo”⁷⁵.

Noutra volta, contudo, sob o prisma do CPC (2015), é também questionável a classificação consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes da entrada em vigor da nova lei, que categoriza o amigo da corte como um colaborador da Justiça, entendendo que sua participação no processo “ocorre e se justifica não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a decisão a ser tomada pelo Tribunal”⁷⁶.

73 CARVALHO JUNIOR, Aroldo Vellozo. **Amicus Curiae**: instrumento de democratização do Poder Judiciário: por uma sistematização. 2010. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2010.

74 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Direito Público**, v. 5, n. 21, p. 42, maio./jun. 2008.

75 CABRAL, op. cit., p. 18.

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3.460 ED/DF. Ementa: CONSTITUCIONAL

Ocorre que a caracterização do *amicus curiae* como auxiliar da justiça também esbarra em dificuldade conceitual, consubstanciada no caráter mais importante de tais figuras no âmbito processual: a imparcialidade. Com efeito, os auxiliares da justiça (escrivão, chefe de secretaria, oficial de justiça, perito, depositário, administrador, intérprete, tradutor, conciliador e mediador) atuam sem vínculo de nenhuma espécie com nenhuma das partes nem interesse de ordem processual ou material na demanda. Cuida-se, como visto, de verdadeiro múnus público conferido a agentes do Estado ou a particulares, a quem se confia a prática de atos que promovem o desenvolvimento regular do processo. Tal imparcialidade não pode ser verificada na atuação do *amicus curiae*, pois o seu interesse na causa em que ingressa é, no mínimo, de ordem material. É fácil perceber a distância que se cria entre as figuras dos ajudantes e do amigo da corte quando se nota que, “a ele, por exemplo, não se aplicam as regras sobre suspeição ou impedimento, aplicáveis aos auxiliares da justiça”⁷⁷.

O *amicus curiae* atuará, em juízo, na defesa dos interesses que patrocina com representatividade tal que faz com que seu ingresso seja admitido. Ora, viu-se no item destinado ao estudo da sistematização positivada sobre o amigo da corte que o interveniente demonstra sua representatividade se comprovar que é portador de valores ou de interesses de grupos sociais ou do próprio Estado, que detém idoneidade na sua área de conhecimento ou que há pertinência temática entre a matéria discutida e os fins a que se destina.

Por certo, então, o *amicus curiae*, ainda que não possa ingressar no feito sem interesse no resultado prático do julgamento do processo, intromete-se

E PROCESSUAL CIVIL. AMICUS CURIAE. PEDIDO DE HABILITAÇÃO NÃO APRECIADO ANTES DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NATUREZA INSTRUTÓRIA DA PARTICIPAÇÃO DE AMICUS CURIAE, CUJA EVENTUAL DISPENSA NÃO ACARRETA PREJUÍZO AO POSTULANTE, NEM LHE DÁ DIREITO A RECURSO. 1. O *amicus curiae* é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, consequentemente, um direito subjetivo processual do interessado. 2. A participação do *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal possui, nos termos da disciplina legal e regimental hoje vigentes, natureza predominantemente instrutória, a ser deferida segundo juízo do Relator. A decisão que recusa pedido de habilitação de *amicus curiae* não compromete qualquer direito subjetivo, nem acarreta qualquer espécie de prejuízo ou de sucumbência ao requerente, circunstância por si só suficiente para justificar a jurisprudência do Tribunal, que nega legitimidade recursal ao preterido. 3. Embargos de declaração não conhecidos. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 12 fev. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=7993717>. Acesso em: 25 jan. 2017.

77 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1. p. 531.

na relação jurídico processual de outrem para apresentar contribuição, com o claro intuito de fazer pender a balança jurisdicional para um lado ou para o outro. Não sendo esse, portanto, o viés da atuação de nenhum dos auxiliares da justiça codificados, dado o próprio conceito que norteia o estudo sobre sua participação no processo, também não há como categorizar o amigo da corte como auxiliar da justiça.

Assim, ao passo em que, de um lado, o *amicus curiae* não pode ser considerado uma intervenção de terceiros, pelo menos não no formato tradicional, dada a finalidade do seu ingresso em processo alheio; de outro lado, também não pode ser considerado auxiliar da justiça, tendo em vista que a sua atuação não é marcada pela mesma imparcialidade que se espera dessa espécie de ator processual. Ora, se é interveniente e se é terceiro, como demonstrado linhas acima, ainda que distante das espécies interventivas clássicas, outra conclusão não é possível, se não a que fixa que a natureza jurídica do *amicus curiae* é a de uma intervenção atípica, restando certo que sua admissão no processo é mais em favor do julgador do que de qualquer uma das partes⁷⁸, em que pese tendenciosa.

Dessarte, com respeito aos que aderem à corrente que o classifica como auxiliar do juízo, toda exposição alinhavada ao longo do presente estudo conduz à conclusão de que o *amicus curiae*, nos moldes em que acabou regulamentado pelo CPC (2015), só pode ser considerado fenômeno de uma intervenção atípica. Tal configuração se opera pelo fato de que o amigo da corte é o terceiro que intervém em processo do qual não é parte, para prestar sua contribuição para a construção de uma decisão mais justa, como verdadeiro corolário da democratização da atividade jurisdicional. “Trata-se de modalidade interventiva cuja finalidade é permitir que terceiro intervenha no processo para a defesa de ‘interesses institucionais’ tendentes a serem atingidos pela decisão”⁷⁹. É, portanto, a forma de ingresso de um estranho que amplia a legitimidade da decisão a ser tomada, inclusive para quem não tem legitimidade para intervir.

Há que se reconhecer, contudo, que, embora demonstrado que a modalidade de intervenção em que o terceiro ingressa no feito apenas para contribuir para o debate já é realidade no ordenamento jurídico pátrio há algum tempo, o fato é que apenas o legislador de 2015 o inseriu definitivamente na processualística brasileira. Assim, embora a nova lei tenha promovido a introdução do instituto entre as modalidades clássicas de intervenção de terceiros, certo

78 VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. Natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, v. 19, n. 6, p. 82, jun. 2007.

79 BUENO, Cassio Scarpinella. Visão geral do(s) projeto(s) de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 359-360, set. 2014.

é que a evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária que se desenvolver doravante fixará a balança, ainda claudicante, dessa discussão num ou noutro sentido.

No que importa, todavia, ao presente estudo, de tudo o que se tem até hoje e que foi alvo das pesquisas desenvolvidas ao longo desta exposição, sem embargos a que novos estudos permitam a evolução deste entendimento, a adesão à linha doutrinária que entende que o *amicus curiae* é uma espécie de intervenção atípica, *sui generis*, de terceiros é impositiva. Portanto, entende-se que o legislador, ao invés de ter destinado um capítulo dentro do título em que trata das intervenções de terceiros, deveria ter dado ao amigo da corte o mesmo tratamento que deu ao litisconsórcio, disciplinando-o em título próprio. Tal topografia privilegiaria o instituto, pois permitiria o tratamento adequado dessa importante figura que finalmente encontrou espaço na ordem legislativa brasileira.

5 CONCLUSÃO

De tudo quanto exposto no presente trabalho, tem-se que a legislação processualista brasileira logrou dar ao instituto do *amicus curiae* uma natureza jurídica própria, com a qual se pode concordar ou discordar. Com efeito, até a entrada em vigor do CPC (2015), muito se debatia no campo doutrinário acerca da melhor classificação para o instituto do amigo da corte, notadamente tendo em vista a ausência de previsão legal expressa para tal forma interventiva.

Para alcançar a meta de enquadrar o instituto na sistemática processual vigente, o ensaio partiu da análise conceitual do amigo da corte, tratando desde as conceituações doutrinárias que precederam o CPC (2015) até as que foram escritas após a superveniência da nova legislação. A partir da delimitação dada pela discussão doutrinária que precedeu o novo Código, apontaram-se para os dois possíveis enquadramentos que a figura interventiva poderia receber na sistemática processual estabelecida pelo CPC (2015): intervenção de terceiros ou auxiliar da justiça. Nesse diapasão, foram expostas as noções básicas acerca de tais figuras, possibilitando, desse modo, que fossem estabelecidos os dois paralelos no meio dos quais a discussão doutrinária pretérita pretendia fazer transitar o *amicus curiae*.

Ainda naquele tópico, foram tratadas as regras procedimentais estabelecidas pelo CPC (2015) para a figura interventiva analisada, com o objetivo de permitir a análise sistêmica dos sujeitos processuais que ladeiam, até certo ponto, a relação jurídico-processual que se estabelece entre autor, réu e juiz. Nesse ínterim, expuseram-se os pontos mais importantes para a discussão posta, abordando-se principalmente os requisitos, os prazos e os poderes que são dados ao *amicus curiae* nos processos em que é admitido. Com essa

conformação expositiva, chegou-se ao delineamento ideal para a análise do instituto do amigo da corte, notadamente porque apresentada em exposição estruturada, seguida à que se referiu àqueles que foram tomados por paradigmas no presente trabalho.

Ao final, chegou-se à conclusão de que o melhor enquadramento para o amigo da corte é, de fato, entendê-lo como uma intervenção *sui generis* de terceiros, dada a impossibilidade de identificar nele tanto os caracteres próprios das intervenções clássicas, quanto as características típicas dos auxiliares da justiça. a conclusão a que se chegou demonstrou um legítimo descontentamento com a posição adotada pelo CPC (2015), aderindo à posição doutrinária que prefere considerar o *amicus curiae* como figura atípica merecedora de um tratamento legislativo especial, tal como o que foi dispensado ao instituto do litisconsórcio.

Por certo, contudo, que, sendo o Código de Processo Civil de 2015 a primeira lei a tratar claramente sobre o *amicus curiae* em solo brasileiro, muito há que se evoluir nos campos doutrinário, jurisprudencial e mesmo legislativo, até que se chegue à sistemática ideal para esse importantíssimo instituto processual democrático. É possível arriscar, inclusive, o ponto de saída da evolução que se há de ter doravante: o indelével fato de que o sistema processual brasileiro evolui para valorizar o precedente e a consolidação jurisprudencial uniformizadora. Assim, sendo o *amicus curiae* reconhecido como o principal instituto de legitimação desses precedentes uniformizadores, há que se construir, como o passar do tempo, uma sistematização que faça ainda mais claras e reconhecidas as suas peculiaridades estruturais.

6 REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Pauline do Socorro Lisboa. Algumas considerações críticas sobre a natureza jurídica do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 105, p. 80, 2011.

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: Editora JusPodivm, 2005.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. I. t. II.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, Brasília, v. 22, n. 78, p. 161, out./dez. 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2010.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 jan. 2010.

_____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 23 jan. 2017.

_____. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm. Acesso em: 26 jan. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 jan. 2017.

_____. Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385compilada.htm. Acesso em: 5 jan. 2017.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2017.

_____. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9469.htm#art12. Acesso em: 7 jan. 2017.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República**

Federativa do Brasil, Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 8 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 815.191/MG. Ementa: ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL – COBERTURA VEGETAL – CRITÉRIO DA UNIDADE – MP 2.183/01. 1. A MP 2.183/01 estabelece que, na avaliação do imóvel expropriado, deve a cobertura vegetal ser avaliada juntamente com a terra nua. 2. Acórdão recorrido que, aplicando a MP 2.183/01, ordenou fosse do valor da avaliação descontado o preço da terra nua. 3. O Tribunal a quo, ao afastar a prova pericial por considerá-la de baixa qualidade, avançou para fazer a sua própria avaliação. 4. O Juiz não pode substituir critérios técnicos por sua própria análise. Assim, ao afastar a perícia, deve ordenar o magistrado o refazimento da prova pericial. 5. Recurso especial do INCRA improvido e provido o recurso dos expropriados. Relator: Ministro Castro Meira. Relator para o acórdão: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 12 dez. 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=627026&num_registro=200600231157&data=20070205&formato=PDF. Acesso em: 26 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3.105-8 ED/DF. Ementa: Ação declaratória de inconstitucionalidade – ADI. *Amicus curiae*. Recurso. Legitimidade ou legitimação recursal. Inexistência. Embargos de declaração não conhecidos. Interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. *Amicus curiae* não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, salvo da que o não admita como tal no processo. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 02 fev. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408591>. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. Tribunal Pleno. ADI 3.460 ED/DF. Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AMICUS CURIAE. PEDIDO DE HABILITAÇÃO NÃO APRECIADO ANTES DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NATUREZA INSTRUTÓRIA DA PARTICIPAÇÃO DE AMICUS CURIAE, CUJA EVENTUAL DISPENSA NÃO ACARRETA PREJUÍZO AO POSTULANTE, NEM LHE DÁ DIREITO A RECURSO. 1. O *amicus curiae* é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, consequentemente,

um direito subjetivo processual do interessado. 2. A participação do *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal possui, nos termos da disciplina legal e regimental hoje vigentes, natureza predominantemente instrutória, a ser deferida segundo juízo do Relator. A decisão que recusa pedido de habilitação de *amicus curiae* não compromete qualquer direito subjetivo, nem acarreta qualquer espécie de prejuízo ou de sucumbência ao requerente, circunstância por si só suficiente para justificar a jurisprudência do Tribunal, que nega legitimidade recursal ao preterido. 3. Embargos de declaração não conhecidos. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 12 fev. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7993717>. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. Tribunal Pleno. ADI 4071 AgR. Ementa: EMENTA Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário. 2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual “a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator”. 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes, o que não se verifica no caso. 4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Brasília, 22 abr. 2009. Relator: Ministro Menezes Direito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604046>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Visão geral do(s) projeto(s) de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 359-360, set. 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen* interesses. **Revista de Processo**, Porto Alegre, v. 29, n. 117, p. 17, set./out. 2004.

CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* nos Juizados Especiais Federais. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 60, p. 103, mar. 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da intervenção da União Federal, como *amicus curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos de decisão jurisdicional. Leis 8.437/92, art. 4º, e 9.469/97, art. 5º. **Revista de Processo**, Porto Alegre, v. 28, n. 111, p. 252, jul./set. 2003.

CARVALHO JUNIOR, Aroldo Velozo. *Amicus Curiae*: instrumento de democratização do Poder Judiciário: por uma sistematização. 2010. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1.

_____. **Recurso de terceiro**: juízo de admissibilidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Vitória, 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

FERREIRA, Joana Cristina Brasil Barbosa. O *amicus curiae* e a pluralização das ações constitucionais. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza (Coord.). **Constituição e processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. Cap. 3.

FUX, Luiz. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Direito Público**, v. 5, n. 21, p. 42, maio./jun. 2008.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da Constituição**: o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, n. 236.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. **Direito Público**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 36, jul./set. 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1974.

NAPOLI, Andrés; MARTÍN VEZZULLA, Juan. **El amicus curiae en las causas ambientales**. Disponível em: http://www.ibrarian.net/navon/paper/ELAMICUS_CURIAE_EN_LAS_CAUSAS_AMBIENTALES.pdf?paperid=12044884. Acesso em: 04 jan. 2017.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Jorge Amaury Maia. A participação do *amicus curiae* no procedimento de argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. **Direito Público**, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 54, mar./abr. 2008.

PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 32, n. 99, p. 165, set. 2005.

RÓNAI, Paulo. **Não perca seu latim**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Assistência litisconsorcial, da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOUZA, Antonio André Muniz de. O INPI como interveniente especial nas ações de nulidade: nova interpretação conforme a Lei de Propriedade Industrial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 119, p. 139-150, jan. 2005.

TALAMINI, Eduardo. Do *amicus curiae*. In: WAMBIER, Tereza et al (Coord.). **Breves Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 445.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. I.

USTÁRROZ, Daniel. *Amicus curiae*: um regalo para a cidadania presente. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 56, n. 371, p. 78, set. 2008.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. Natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, v. 19, n. 6, p. 82, jun. 2007.

VELOSO, Waldir de Pinho. *Amicus curiae*. **Repertório de Jurisprudência IOB: tributário, constitucional e administrativo**, n. 3, p. 124, 1. quin. fev. 2007.

A SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA COMO INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

THE FEELING OF INSECURITY AS AN INFLUENCE IN SYMBOLIC CRIMINAL LAW

Zilmone Ascenso Lustosa¹

RESUMO: O presente estudo visa analisar a influência da sensação de insegurança na elaboração de normas de Direito Penal Simbólico, bem como evidenciar as suas repercussões. A sensação de insegurança é uma construção social. O Estado, por intermédio do Direito Penal, busca promover a regulação estatal no combate à criminalidade e convívio em sociedade. O simbolismo penal é um instrumento para coibir a criminalidade, contudo, a influência da sensação de insegurança no Direito Penal Simbólico tem repercussões negativas, tais como: seletividade penal, exclusão social; severidade exacerbada na sanção penal, mitigação do princípio da intervenção mínima, ineficácia do objetivo e morosidade judicial.

Palavras-chave: Sensação de Insegurança. Direito Penal. Simbólico.

Recebido em: 07/04/2019 **Aceito em:** 13/05/2019

ABSTRACT: The study aims to analyze the influence of the sensation of insecurity in the elaboration of norms of Symbolic Penal Law, as well as to show its repercussions. The sense of insecurity is a social construction, the State through the Criminal Law seeks to promote state regulation in combating crime and living in society. Criminal symbolism is an instrument to curb crime, however, the influence of the feeling of insecurity in Symbolic Penal Law has negative repercussions, such as: criminal selectivity, social exclusion; severity exacerbated in the criminal sanction, mitigation of the principle of minimum intervention, ineffectiveness of the objective and judicial slowness.

Keywords: Feeling of Insecurity. Criminal Law. Symbolic.

Received in: 04/07/2019 **Approved in:** 05/13/2019

1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Sá, Agente de Polícia da Polícia Civil do Distrito Federal: E-mail: zilmone@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade demonstrar a interação entre a sensação de insegurança e a construção do Direito Penal Simbólico, bem como evidenciar as suas repercussões.

A sociedade atual influenciada pela mídia tem uma visão de que vive em constante insegurança, contudo a percepção de insegurança é algo subjetivo, que muitas vezes não representa a realidade, criando um cenário de sociedade de risco e medo do crime exigindo, portanto, uma resposta do Estado que deve garantir segurança a sociedade. O Estado por sua vez no intuito de dar à sociedade a sensação de segurança almejada edita leis que aumenta o rol de condutas tipificadas como crime, estabelece sanções penais mais severas muitas vezes ferindo os direitos e princípios fundamentais. Este comportamento do Poder Legislativo cria normas imediatistas, que contribuem para o exagero das leis penais e portanto, a atuação simbólica do Direito Penal, ao invés de promover soluções eficazes no controle da criminalidade.

Em vista disso, o Direito Penal Simbólico estaria em oposição às garantias fundamentais, distanciando-se da ideia de intervenção mínima que é um dos pilares do Direito Penal e resumindo o objetivo da sanção penal à simples simbologia. Este tema é de grande importância para os estudiosos e operadores do Direito, haja vista que o imediatismo na edição de leis, bem como o exagero penal, culmina com o desrespeito aos princípios e direitos consagrados do direito.

Os métodos utilizados neste estudo foram teórico, dedutivo e de pesquisa bibliográfica, que consiste na consulta de obras e artigos de periódicos que tratam do tema em questão.

2 SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA E O MEDO DO CRIME

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º e 6º, mencionam a segurança como um direito fundamental e social que deverá ser garantido a todos indiscriminadamente pelo Estado.

Para estudiosos da psicologia, como Maslow (1962), a segurança é uma das necessidades básicas do ser humano, sendo a segunda mais forte e vital entre as necessidades primárias do homem em ordem hierárquica de vigor e prioridade para que o ser humano sinta-se bem no meio ambiente, a fim de evitar doenças e o mal estar subjetivo². Enquanto para os jusnaturalistas é algo inerente a preservação da vida humana.

2 MASLOW, Abraham Harold. **Introdução à psicologia do ser**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1962, p. 185.

Nesse sentido Thomas Hobbes situou a segurança – entendida como o “cuidado com a própria preservação e, dessa forma, com uma vida melhor” – no coração da legitimação do Estado moderno, sempre no sentido, substancialmente, de se forjar uma sociedade de indivíduos capazes de auto-controle e inseridos dentro de um projeto moderno todo construído em torno à noção do jurídico-proprietário. Não à toa a segurança é apresentada, posteriormente, como um dos principais “direitos naturais e imprescritíveis do homem” pelas revoluções liberais norte-americana e francesa, sempre de forma indissociável da tutela de uma nova ordem socio-econômica fundada na propriedade privada³.

De acordo com Hobbes, a segurança integra a essência humana na busca de uma vida melhor, o que é ratificado pelo Estado como direito natural e imprescritível.

A ausência ou falta de segurança é chamada de insegurança, mas esta também pode ser definida como a sensação ou a percepção de não se estar seguro ou protegido, ou ainda ser acometido por um sentimento de desamparo ou de estar em perigo⁴. Esta sensação é desencadeada por situação considerada como alarmante ou ameaçadora.

Segundo Baumam (2000), a língua alemã traduz segurança em uma única palavra, enquanto em outros idiomas há desmembramento em outras palavras, com conceitos próprios. “a língua alemã é atipicamente frugal: consegue estreitar num único termo fenômenos complexos para os quais outras línguas precisam pelo menos de três: segurança, certeza e garantia”⁵.

Essa percepção de Baumam (2000) se repete na língua portuguesa, o que é corroborado pela interpretação de Giamberardino, que a partir da visão de Baumam, constata a complexidade do sentido da palavra segurança.

Constatando a polissemia e a complexidade do próprio sentido de “segurança”, Bauman enfatizou as diferenças entre idiomas, comparando, por exemplo, a amplitude do termo alemão *sicherheit* e a necessidade de ao menos três palavras diversas em inglês, *security*, *certainty* e *safety*, para expressar diferentes dimensões do mesmo fenômeno. A insegurança relacionada

3 HOBBS, Thomas. A construção social do medo do crime e a violência urbana no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 200, 2015 *apud* GIAMBERARDINO, André Ribeiro.

4 INSEGURANÇA. In: DICIONÁRIO Online de Português. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/inseguranca/>. Acesso em: 17 fev. 2019.

5 BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2000, p.25.

à carência de *safety*, enfim, é que diria respeito diretamente à insegurança sobre a própria integridade física e patrimonial, consubstanciada no “medo do crime”⁶.

Para Giamberardino (2015), a carência de segurança estaria relacionada à preocupação do ser humano em preservar a sua integridade física e patrimonial, o que seria fundamento para o medo do crime.

O homem anseia por sentir-se seguro, quando esta necessidade não é satisfeita podem irromper comportamentos compulsivo-obsessivos⁷. A insegurança provoca no ser humano a busca por uma certeza de segurança, utilizando dos instrumentos disponíveis para alcançá-la de forma completa. Contudo, a segurança plena é algo utópico que jamais será atingido na sociedade normal, haja vista que não há perfeição no ser humano e consequentemente não há sociedade isenta de falha, sentimento corroborado pelo sociólogo polonês Bauman (1997).

Precisamos aprender a viver sem essas garantias e conscientes de que nunca se oferecerão essas garantias – de que uma sociedade perfeita, assim como um ser humano perfeito, não é perspectiva viável, ao passo que tentativas de provar o contrário acabam sendo mais crueldade que humanidade e certamente menor moralidade⁸.

Bauman (1997), afirma que a tentativa de garantir a completa segurança seria algo cruel e distante da moralidade, uma vez que tal concepção é inalcançável.

A sensação de insegurança algumas vezes é tratada como sinônimo de insegurança, porém são diferentes, enquanto esta trata de situações relacionadas à periculosidade real, aquela está conectada a ideia de algo afetivo que a partir de uma percepção pessoal do indivíduo o que pode sofrer interferências diversas por situações vivenciadas diretamente ou indiretamente e até mesmo por fofocas ou as chamadas *fake news*, que são informações ou notícias que não representam a realidade, mas que são compartilhadas na internet como se fossem verdadeiras.

Sentimento de insegurança e insegurança são realidades na maioria das vezes descoincidentes. O sentimento de insegurança resulta frequentemente

6 GIAMBERARDINO, André Ribeiro. A construção social do medo do crime e a violência urbana no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 200, 2015.

7 MASLOW, Abraham Harold. *Motivation and personality*. New York: Harper & Row, 411 p, p.89, 1954.

8 BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. São Paulo: Paulus, p.16, 1997.

de uma forma sobrestimada do fenómeno do crime; propaga-se facilmente por entre os indivíduos, fazendo apelo a uma das mais básicas necessidades do homem: segurança. Nas sociedades modernas, com a profusão de meios de comunicação, e de transmissão de informação, facilmente esse sentimento é alimentado por uma imagem subjectivada e enviesada da delinquência⁹.

Segundo Leal (2010), o sentimento de insegurança é resultado de uma percepção superestimada do evento delituoso e rapidamente disseminada na sociedade por intermédio de diversos meios de comunicação, favorecendo a nutrição desta convicção de insegurança. Nos tempos modernos a propagação da informação, está cada vez mais acelerada, especialmente aquelas que geram sensação de insegurança e estimulam medo no indivíduo de ser tornar vítima de um crime.

A sensação de insegurança é algo subjetivo e “em sentido amplo não é um fenómeno anômalo ou patológico em relação à sociedade hodierna, mas face inerente de sua própria rede protetiva”¹⁰, portanto presente na sociedade desde o princípio.

Corroborando com o carácter subjetivo da sensação de insegurança, em um estudo comparativo de duas cidades portuguesas quanto a percepção da criminalidade, Leal (2010) chega a conclusão que este sentimento não é uno, ou seja, as pessoas terão percepções variadas sobre um mesmo episódio a partir de diversos fatores

não existe um sentimento de insegurança. O que habita os indivíduos são uma pluralidade de formas de expressar os receios construídos a partir do cruzamento de variáveis como: o tipo de solidariedade dominante na comunidade ou no local de residência; a proximidade residencial de locais vinculados pela exclusão e por assimetrias socioculturais e económicas; e a experiência de vitimação directa ou emocionalmente próxima. Conclui-se que tais variáveis condicionam as práticas e as representações que os indivíduos vão construindo acerca da definição dos agentes e suas motivações para o comportamento desviante, assim como da eficácia dos mecanismos de controle social¹¹.

9 LEAL, José Manuel Pires. O sentimento de insegurança na discursividade sobre o crime. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, n. 23, p. 405, jan./abr. 2010.

10 GIAMBERARDINO, André Ribeiro. A construção social do medo do crime e a violência urbana no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 200, 2015.

11 LEAL, José Manuel Pires. O sentimento de insegurança na discursividade sobre o crime. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, n. 23, p. 394, jan./abr. 2010.

Para Leal (2010), fatores relacionados à comunidade em que o indivíduo vive, bem como aspectos sociais, econômicos e culturais da região influenciarão na compreensão de risco, estabelecendo uma construção a respeito do entendimento da criminalidade e seus perigos. Assim, a sensação de insegurança caracteriza-se como uma construção social que é formada por julgamentos feitos a partir de percepções individuais, com fundamento em fatores culturais, sentimentais, ideológicas e preconceitos pessoais.

O sentimento de insegurança é construído socialmente, tendo como base simultaneamente o conflito suscitado pela distribuição desigual de recursos, a capacidade distinta dos diversos grupos sociais em se apropriarem deles e os gerirem, e por uma estrutura normativa dominante de referência, a partir da qual se definem culturalmente juízos de valor, e se constroem imagens estereotipadas daquilo que se possa considerar normativizado ou desviado¹².

Segundo Leal (2010), a construção social que gera a sensação de insegurança e o medo do crime é influenciada por fatores intrínsecos à forma como o indivíduo percebe o mundo que o rodeia. Este pensamento é ratificado por Giamberardino, que afirma que o medo é um sentimento compreendido de forma pessoal.

O ponto é que falar em medo é tratar de um sentimento e uma percepção eminentemente individual; logo, é tratar da dimensão subjetiva da insegurança e que a define em sua essência. Afinal, a insegurança objetiva enquanto risco “real” de vitimização é uma categoria com a qual se não pode contar, senão apenas para se indicar sua não linearidade para com a categoria da insegurança subjetiva¹³.

Segundo Giamberardino (2015), o medo e sua assimilação não é algo homogêneo na sociedade. Portanto, há discrepâncias entre o real e o percebido. Para Cotta e Leão (2013), existe dificuldade em que seja identificada a situação de insegurança real e a insegurança percebida.

Mediante a incerteza crescente e continuada desse estado de coisas, instala-se no espírito dos homens grande sentimento de insegurança que, aos poucos, se transforma em medo. Este, a princípio, não passa de processos de leitura do mundo circundante, modos de interpretação caracteristicamente subjetivos e muito dificilmente mensuráveis¹⁴.

12 *Ibid.*, p. 397-398.

13 GIAMBERARDINO, André Ribeiro. A construção social do medo do crime e a violência urbana no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 200, 2015.

14 COTTA, Francis Albert; LEÃO, Jacqueline Oliveira. Subjetividade, medo e sentimento de

Cotta e Leão (2013) afirmam que hodiernamente há a tentativa de mensurar indicadores de insegurança, contudo em virtude da subjetividade que esta intrínseca ao medo do crime, tal mensuração é complexa. Baumam (2007) afirma que ao Estado compete gerir o medo que se instala na sociedade,

desde o começo, o Estado moderno foi, portanto, confrontado com a tarefa assustadora de administrar o medo. Precisava tecer uma rede de proteção a partir do zero a fim de substituir a antiga, deixada de lado pela revolução moderna, e prosseguir reparando-a, à medida que a modernização contínua promovida pelo Estado continuava a fragilizá-la e a esticá-la além da sua capacidade ¹⁵.

Para Baumam (2007) é obrigação do Estado adotar medidas de controle do medo coletivo na sociedade, isto é reforçado no artigo 144 da Constituição Federal de 1988, que determina a segurança pública como dever do Estado, e incumbe a órgãos responsabilidade pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Com intuito de entender esse movimento coletivo de medo do crime, o Estado procura entender quais as situações aumentariam o sentimento de insegurança na sociedade ^{16 17 18}.

Além disso, o Estado usa o direito como ferramenta para estabelecer as regras e normas de conduta que objetivam o controle da criminalidade da sociedade e conseqüentemente minimizar a sensação de insegurança coletiva.

insegurança na sociedade contemporânea. **Cadernos Zygmund Baumam**, Maranhão, v. 3, n. 5, p. 84, 2013.

15 BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, p. 65, 2007.

16 BRASIL, Cristino Indio do. **Pesquisas do IBGE vão abordar questões sobre segurança no país**. Rio de Janeiro: Agência Brasil, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-08/pesquisas-do-ibge-vao-abordar-questoes-sobre-seguranca-no-pais>. Acesso em: 18 fev. 2019.

17 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Características de Vitimização e Acesso à Justiça em 2009. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio**. Rio de Janeiro: IBGE, 15 dez. 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticiascenso.html?busca=1&id=1&id-noticia=1786&t=47-2-pessoas-nao-se-sentem-seguras-cidade-que-moram&view=noticia>. Acesso em: 18 fev. 2019.

18 BRASIL, Cristino Indio do. **Pesquisas do IBGE vão abordar questões sobre segurança no país**. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 28 ago. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-08/pesquisas-do-ibge-vao-abordar-questoes-sobre-seguranca-no-pais>. Acesso em: 18 fev. 2019.

3 DIREITO PENAL SIMBÓLICO

O Direito é necessário à convivência em sociedade, consiste em instrumento de organização social e reflete o desenvolvimento histórico, social, político, econômico e cultural de um povo, tem como finalidade suprir as necessidades e desejos dos cidadãos, promovendo a igualdade e a justiça social e estabelecendo o equilíbrio nas relações sociais. Conforme Damásio de Jesus (1998), a regulação da coexistência dos seres humanos em sociedade é essencial à subsistência da espécie humana.

O fato social é sempre o ponto de partida na formação da noção do Direito. O Direito surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas, que são reguladas por ele como condição essencial à sua própria sobrevivência. É no Direito que encontramos a segurança das condições inerentes à vida humana, determinada pelas normas que formam a ordem jurídica¹⁹.

Em outras palavras, a harmonia do convívio em coletividade exige a normatização que forma o direito, criando critérios e ferramentas de coerção social estabilizar as relações sociais.

A positivação do direito é responsabilidade do Estado, assim como a punição de condutas que contrariem as normas, pensamento ratificado por Damásio de Jesus (1998),

o fato social que se mostra contrário à norma de Direito forja o ilícito jurídico, cuja forma mais séria é o ilícito penal, que atenta contra os bens mais importantes da vida social. Contra a prática desses fatos o Estado estabelece sanções, procurando tornar invioláveis os bens que protege. Ao lado dessas sanções o Estado também fixa outras medidas com o objetivo de prevenir ou reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos dos cidadãos. A mais severa das sanções é a pena, estabelecida para o caso de inobservância de um imperativo. Dentre as medidas de repressão ou prevenção encontramos as medidas de segurança. Vemos que o Estado estabelece normas jurídicas com a finalidade de combater o crime. A esse conjunto de normas jurídicas dá-se o nome de Direito Penal²⁰.

Segundo Damásio de Jesus (1998), o descumprimento das normas jurídicas em sua forma mais grave constituem os ilícitos penais, exigindo do Estado medidas inibitórias a condutas classificadas como infrações penais. O Direito Penal é um ramo do direito público imposto a todos, caracteriza-se como uma

19 JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1998. p. 3.

20 *Ibid*, p. 3.

ciência constituída por regras e princípios jurídicos, que objetivam combater as infrações penais, por intermédio da decretação de sanções penais.

Segundo Masson (2017), o Direito Penal é um “importante instrumento para a convivência dos homens em sociedade”²¹. Para Bruno(1967), o Direito Penal regula a atuação do Estado no combate a crimes.

O conjunto das normas jurídicas que regulam a atuação estatal nesse combate contra o crime, através de medidas aplicadas aos criminosos, é o Direito Penal. Nele se definem os fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções – os dois grupos dos seus componentes essenciais, tipos penais e sanções. É um Direito que se distingue entre os outros pela gravidade das sanções que impõe e a severidade de sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada ²².

Segundo Bruno (1967), o Direito Penal se distingue dos demais pelo peso das sanções impostas e pelo rigor estrutural das normas. Pensamento corroborado por Capez (2019) que define o Direito Penal como ramo do ordenamento jurídico que seleciona e descreve as infrações penais bem como lhe comina penas e sanções, no intuito de estabelecer o equilíbrio na vida coletiva.

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação. A ciência penal, por sua vez, tem por escopo explicar a razão, a essência e o alcance das normas jurídicas, de forma sistemática, estabelecendo critérios objetivos para sua imposição e evitando, com isso, o arbítrio e o casuísmo que decorreriam da ausência de padrões e da subjetividade ilimitada na sua aplicação. Mais ainda, busca a justiça igualitária como meta maior, adequando os dispositivos legais aos princípios constitucionais sensíveis que os regem, não permitindo a descrição como infrações penais de condutas inofensivas ou de manifestações livres a que todos têm direito, mediante rígido controle de compatibilidade vertical entre a norma incriminadora e princípios como o da dignidade humana ²³.

21 MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Método, v. 1, 2017, p. 9.

22 BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.. p 11-12.

23 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 18.

Segundo Capez (2019), as normas penais devem ser igualitárias, respeitando a dignidade da pessoa humana e submetendo-se às normas constitucionais. O Direito Penal está presente tanto nas sociedades antigas quanto nas contemporâneas e desde o princípio sofre a influência dos comportamentos sociais e clamores públicos na sua positivação. Este pensamento é ratificado por Araújo (2017), que menciona inclusive a interferência religiosa no Direito Penal nos períodos antigos.

O direito penal sempre esteve presente nas sociedades humanas. Na Antiguidade, existia uma profunda identidade entre religião e direito, de modo que as transgressões penais eram, em suma, transgressões religiosas. Na Modernidade, com a pretensão de construir-se um direito axiologicamente neutro, descolado das normas religiosas, o direito penal passou a tutelar os bens jurídicos mais elementares, aqueles absolutamente necessários ao exercício dos direitos fundamentais do indivíduo²⁴.

Corroborando com este entendimento, Wolkermer (2003) descreve desde o início o Direito Penal envolvido por símbolos, crenças religiosas e interesses de classes dominantes.

No mimetismo sacralizado que marcaria os primeiros séculos da colonização, não comporta registrar uma teoria jurídica secularizada, pois toda concepção sobre lei, direito e justiça restringia-se às diretrizes ético-religiosas da Igreja Católica, que refletia um jusnaturalismo tomista-escolástico. Aponta-se que os primórdios de um trabalho de cunho jusfilosófico, no Brasil, teria aparecido somente no século XVIII, de autoria do poeta inconfiante de nacionalidade portuguesa Tomás Antonio Gonzaga (1744-1809). Mas, ao contrário do que se poderia esperar de um intelectual afinado com certas concepções iluministas, republicanas e liberais, seu Tratado de Direito Natural, ao refletir, sem muita originalidade de pensamento, pressupostos identificados com o jusnaturalismo de inspiração teológica, destinava-se claramente a não desagradar os meios culturais dominantes na Metrópole²⁵.

Em síntese, Wolkermer (2003) destaca que desde os primórdios há interferência da sociedade na normatização do direito penal e preocupação dos juristas com os interesses da elite social.

24 ARAUJO, Igor Eduardo dos Santos. Direito penal simbólico na modernidade líquida: Ensaio criminológico na perspectiva Baumaniana. **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**, Natal, v. 5, n. 2, out. 2017. p. 77.

25 WOLKERMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 129.

Segundo Masson (2017), o simbolismo é “inerente a todas as leis, não dizendo respeito somente às de cunho penal”²⁶. Essa ideia é defendida por Araújo (2017) que afirma que “o direito penal ganhou ares democráticos, apesar da permanência de uma cultura majoritariamente inquisitorial, cuja aplicação reclama a observância dos valores do Estado constitucional”²⁷. Conforme Araújo (2017), na atualidade, o Direito Penal recebe a influência não apenas religiosa, mas de outros institutos de comunicação da sociedade.

Diante do crescimento do índice de crimes e da sensação de insegurança, muitas vezes manipulada pelos veículos de comunicação de massa, ganha corpo a adoção de medidas que a doutrina convencionou chamar de Direito Penal Simbólico. Trata-se do fenômeno que se apresenta diante de casos que envolvem a aplicação da lei penal e que são exaustivamente explorado pelos meios de comunicação social. Diante desses casos, a “opinião pública” tem a impressão de que a lei penal existente é inócua ou insuficiente e, portanto, reclama o endurecimento das normas. Ora, sempre que o cometimento de um determinado crime é associado à ideia de “clamor público”, logo surgem propostas de majoração das penas para o tipo penal incurso. Normalmente, tais discussões vêm desacompanhadas de um processo de maturação social e legislativa, daí porque se constituir este em um direito de emergência. A sociedade de consumo é também a sociedade do espetáculo, onde os programas de TV exibem corpos estendidos no chão, perseguições policiais e documentários intrincados sobre o cometimento de delitos. Neste contexto, os mais diversos comentadores se arvoram a proferir conclusões de cunho criminalístico que, a despeito da total ausência de embasamento teórico, terminam por formar o pensamento da coletividade.²⁸

Em virtude da evolução das formas de comunicações na atualidade, a sociedade tem acesso às informações de forma rápida e alguns passam a ter grande repercussão na comunidade, desencadeando o clamor público por medidas do Estado que sejam eficazes no combate a criminalidade.

A resposta do Estado manifesta-se por intermédio de abstrações legislativas na tentativa de regular os fenômenos criminosos, gerando um direito penal meramente simbólico, denominado pela doutrina como Direito Penal

26 MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Método, v. 1, 2017. p. 11.

27 ARAUJO, Igor Eduardo dos Santos. Direito penal simbólico na modernidade líquida: Ensaio criminológico na perspectiva Baumaniana. **Revista Transgressões**: ciências criminais em debate, Natal, v. 5, n. 2, out. 2017. p. 77.

28 *Ibid*, p. 77.

Simbólico, resultado do entendimento de situações em que o direito penal recebe diversas interferências externas de cunho empírico e abstrato, culminando com o exagero no simbolismo penal, conforme afirmado por Masson (2017),

(...) manifesta-se, comumente, no direito penal do terror, que se verifica com a inflação legislativa (Direito Penal de emergência), criando-se exageradamente figuras penais desnecessárias, ou então com o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos pontuais (hipertrofia do Direito Penal)²⁹.

Em virtude da impressão de urgência e imediatismo que permeiam o Direito Penal Simbólico, conhecido como, Direito Penal de Emergência, caracterizando-se por instituir medidas dispensáveis ou desproporcionais influenciados pela vontade incontinente da sociedade e governantes.

Segundo Mellim (2012), o Estado com a finalidade de atender aos clamores da sociedade recorre ao direito penal como ferramenta de controle e estimula uma política criminal distante da racionalidade e fomentadora do mero simbolismo.

O intervencionismo estatal no combate à criminalidade provoca uma super produção de leis que hipertrofiam o Direito Penal e suas funções e fazem-no recorrer ao instrumento penal a fim de explorar a carga simbólica. Defende que esse exagero da utilização da força simbólica de uma norma penal incriminadora leva, inevitavelmente, à sua ineficácia e determinadas reações sociais frente ao crime, em tempos de especial temor generalizado, dão lugar a uma política criminal emocional e podem reduzir o Direito Penal a uma mera função simbólica. Nesse sentido, as normas e as cominações penais carecem de operatividade frente ao crime, fazendo com que o sistema penal demonstre tão só a aparência de efetividade e proteção social³⁰.

Com as ações do Estado, Mellim (2012), afirma ainda que o resultado é a produção de um sistema penal frágil quando questionado quanto à produção de resultados efetivos e de proteção. Alguns doutrinadores descrevem o Direito Penal Simbólico como aquele que tem aparência de ser demasiadamente severo e por esta razão tem a eficácia de aplicação prejudicada, de acordo com Duarte Neto (2009),

29 MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Método, v. 1, 2017. p. 11.

30 MELLIM, Ana Helena Rodrigues. **Direito penal simbólico**: a influência do pensamento de Émile Durkheim. 2012. 101 f. Monografia (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo, 2012. p. 60.

o Direito Penal Simbólico é aquele que tem uma “fama” de ser rigoroso demais e por esse motivo acaba sendo ineficaz na prática, por trazer meros símbolos de rigor excessivo que, efetivamente, caem no vazio, diante de sua não aplicação efetiva, justamente pelo fato de ser tão rigoroso. Hoje em dia, o Brasil passa por uma fase em que leis penais de cunho simbólico são cada vez mais elaboradas pelo legislador infraconstitucional. Essas leis de cunho simbólico, de acordo com a jurista Ada Pellegrini Grinover, trazem uma forte carga moral e emocional, revelando uma manifesta intenção pelo Governo de manipulação da opinião pública, ou seja, tem o legislador infundindo perante a sociedade uma falsa idéia de segurança³¹.

Segundo Duarte Neto (2009), no Brasil há crescimento do Direito Penal Simbólico com legislações elaboradas sob pressão moral e emocional da opinião pública. Este pensamento é ratificado por Roxin (200) que destaca como defluência de situações em que pessoas famosas são vitimadas de algum crime.

Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão “direito penal simbólico”, como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais³².

Este entendimento é confirmado por Nascimento e Silva (2018) que atestam que o simbolismo no direito penal brasileiro tem produzidos efeitos inócuos e não contribuem para a redução da criminalidade.

O direito penal brasileiro vem atuando em uma vertente simbólica, voltada na compreensão e observação do legislador aos sentimentos e desejos da população para elaborar e/ou emendar novas leis. Em contrapartida, verifica-se a ineficácia de muitas medidas ante o aumento dos delitos e as violações de leis que tendem a aumentar na sociedade atual³³.

31 DUARTE NETO, Júlio Gomes. O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 66, jul. 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6154. Acesso em: 17 fev. 2019.

32 ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 25 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

33 NASCIMENTO, Marco Aurélio Azevedo do; SILVA, Thiago Henrique Costa. **Direito penal simbólico**: uma discussão sobre a maioria penal, 2018, 14 f. Trabalho de Conclusão de Curso de

Em estudo sobre a influência de Emile Durkheim, perceb-se que Mellim (2012) atesta as afirmações de Nascimento e Silva (2018), de que o exagero no simbolismo penal culmina com a ineficácia das normas penais.

A verdadeira função da pena é manter intacta a coesão social. Essa seria a união entre a função instrumental e a simbólica da pena a um só tempo, uma vez que, além de conservar a consciência comum, gera também a prevenção de delitos futuros e a defesa da sociedade, mediante a incapacitação dos criminosos mais perigosos: se a eficácia instrumental do Direito Penal reside em sua aptidão para prevenir a realização de certos comportamentos, a simbólica consiste em sua aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorizantes ou desvalorizantes. A função simbólica é inseparável da instrumental, à qual serve de complemento³⁴.

Apesar disso, Mellim (2012) ressalta que o simbolismo penal tem sua relevância como complemento do Direito penal instrumental, e que neste aspecto contribui para a manutenção da coesão social, a prevenção de delitos, bem como para a tutela social.

4 IMPORTÂNCIA DO DIREITO NO DIREITO PENAL SIMBÓLICO NA SOCIEDADE

O caráter simbólico do direito penal tem papel importante na sociedade, uma vez que é a ferramenta utilizada pelo Estado para coibir a prática delituosa. Segundo Bruno (1967), no exercício da Justiça penal se manifesta o poder soberano do Estado que é “um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social.”³⁵

O castigo imposto pela aplicação da sanção penal carrega consigo valor simbólico, visando à prevenção a prática de novos delitos. Conforme Batista (2007), as funções da pena e do Direito Penal não são as mesma, mas é certo que possuem elos de recíproca dependência.

Nesta seara Batista (2007) reafirma compreensão de que os fins do Direito Penal e da sanção penal estão interligados, resumindo na afirmação de que “a

Formação de Praças do Comando da Academia Polícia Militar de Goiás.

34 MELLIM, Ana Helena Rodrigues. **Direito penal simbólico**: a influência do pensamento de Émile Durkheim. 2012. 101 f. Monografia (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo, 2012. p. 59-60.

35 BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: tomo I. Parte geral. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

missão do direito penal é proteção dos bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”.³⁶

A sociedade e o direito se relacionam desde as sociedades pré-históricas até os dias atuais. Os homens se pautam por regras de convívio desde as sociedades mais arcaicas, sofrendo a influência do sentimento da sociedade como reflexo de seu povo e organização social.

Esta concepção é ratificada por Batista (2007), que atesta que o Direito Penal existe para regular a convivência social dos seres humanos, uma vez que “o direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira”.³⁷

Batista (2007) alerta para a importância do estudo sobre a interferência da sociedade no entendimento da ciência jurídica, bem como da preponderância do organismo social da época na produção das regras e do próprio direito, orientando que para compreender, por exemplo, o direito assírio, o direito romano ou o direito brasileiro do século XIX, é necessário saber como assírios, romanos e brasileiros do século XIX viviam, como se dividiam e se organizavam para a produção e distribuição de bens e mercadorias.³⁸

5 PRINCIPAIS REPERCUSSÕES NEGATIVAS DA SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA NO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

A sensação de insegurança, o medo do crime e o sentimento de comunidade de risco nutrem na sociedade o clamor público e urgente por soluções, o Estado por sua vez no ímpeto de atender este clamor e reestabelecer o equilíbrio edita normas que são marcadas pela seletividade penal, exclusão social, severidade exacerbada na sanção penal, mitigação do princípio da intervenção mínima, ineficácia do objetivo e morosidade judicial, que serão explicados a seguir.

5.1 Seletividade e exclusão social

O sistema penal em sua concepção é imposto igualmente a todos em função de suas condutas, contudo na prática há uma seleção que culmina

36 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007. p. 116.

37 *Ibid.*, p. 18-19.

38 *Ibid.*, p. 19.

com discriminação e exclusão social, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de sua conduta³⁹.

A sensação de insegurança está envolta em emoções pessoais e preconceitos, contudo, a influência deste sentimento vindo de classes dominantes traz concepções preestabelecidas de características e intenções dos criminosos, raciocínio defendido Wermuth (2010) ao afirmar que “o etiquetamento do indivíduo enquanto delinquente está intrinsecamente relacionado à posição social por ele ocupada”⁴⁰.

Segundo entendimento de Wermuth (2010), a punição existe “para se conformar cada estrato social no lugar que lhe é atribuído pelo sistema de produção vigente e o código social por ele instituído” e não para defender a sociedade do mal representado pela criminalidade⁴¹.

Wermuth (2010) defende que o Estado pune os marginalizados, deixando de lado a prevenção geral ou especial, selecionando os sujeitos marginais à sociedade para serem punidos com intuito de atender aos anseios daqueles que clamam por serem protegidos, e contribui para o crescimento do medo do crime. Como consequência, há uma organização social em que a criminalidade e a delinquência estão relacionadas diretamente às classes “perigosas”, às quais é atribuída a responsabilidade pela de criação do medo e da insegurança. Com o objetivo de conter o ímpeto criminoso, se impõe o medo do direito penal, com a finalidade de responder os clamores da classe dominante e oferecer sensação de segurança⁴².

Ademais, a seletividade gera exclusão social e fomenta o medo do crime e a sensação de insegurança relacionada apenas a classes sociais inferiores, tidas como perigosas, promovendo um ciclo em si mesmo, o qual se mantém ainda que haja redução nos índices de criminalidade.

Não obstante, a existência de seletividade do sistema penal, quanto ao agente há também seletividade da vitimização, conforme afirmado por Giamberardino (2015), há variação quanto ao objeto do medo, enquanto moradores das periferias temem abusos por parte do Estado, os moradores de áreas

39 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 26.

40 WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A imposição do medo do direito penal como instrumento de gestão dos setores subalternos da população Brasileira. **Lex Humana**, Petrópolis, n. 2, 2010, p. 52.

41 *Ibid.*, p. 52.

42 *Ibid.*, p. 52.

nobres temem o estereótipo do habitante da periferia, estimulando o pânico social baseado em uma percepção subjetiva da violência ⁴³.

Na Alemanha, durante período governado por Adolf Hitler, especificamente no dia 09 de março de 1943, foi expedida pelo Ministro da Justiça do Reich, a lei que descriminalizou o aborto praticado por estrangeiras e punido apenas o cometido por alemãs, com objetivo de reduzir o número de pessoas não pertencentes à raça ariana⁴⁴. Esta medida demonstra claramente a utilização do Direito Penal de forma seletiva e exclusão social.

A lei 11.343/2006 é um exemplo da seletividade penal no direito penal simbólico, uma vez que para a definição de indivíduo como usuários ou traficante de substâncias entorpecentes são utilizados critérios, tais como: a natureza da droga, sua quantidade, local e condições da prisão, as circunstâncias sociais e pessoais, modo de vida do agente e seus antecedentes.

Esta lei ao prever no artigo 28, §2º como critério de classificação do agente como usuário ou traficante de drogas características referentes ao local da prisão, bem como situações pessoais e sociais do agente é evidente a seletividade penal. Em virtude da subjetividade há possibilidade de que pessoas em circunstâncias idênticas sejam classificadas como usuário ou traficante a depender de sua classe social ou da localidade do bairro que frequenta, demonstrando a influência da sociedade na seletividade penal do sistema antidrogas adotadas no Brasil.

Segundo dados do levantamento nacional de informações penitenciárias produzido pelo Departamento de Penitenciário Nacional, considerando a população carcerária brasileira 64% são pessoas negras, 61% possuem baixa instrução e 75% são desprovidos de recursos financeiros ⁴⁵, o que fortalece a ideia de seletividade no Direito Penal.

Neste caso, a seletividade penal fixa no direito penal mera simbologia como um fim em si mesmo, afastando-se do cumprimento de seus objetivos e aproximando-se de pensamentos segregadores, que valorizam simplesmente valores sociais e morais, ressaltando exaltações de valores externos ou de arquétipos morais que não constam como finalidade do direito penal.

43 GIAMBERARDINO, André Ribeiro. A construção social do medo do crime e a violência urbana no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 200, 2015.

44 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

45 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO FEDERAL. Do Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN. Atualização – Junho 2016. Ministério da Justiça, 2017.

5.2 Severidade exacerbada na sanção penal

A sanção penal de justiça se dá pelo grau de perigo oferecido pelo agente, para Bruno (1997) se não há periculosidade não há necessidade de sanção⁴⁶. Este pensamento dá ideia de justa medida punitiva em relação à prática delituosa, contudo ao ser influenciado pelo pânico da população e pelos noticiários que geralmente clamam por punições mais severas, os legisladores, com finalidade de atender aos anseios populares, elaboram propostas de ampliação da pena, de mitigação de direitos individuais, de invenção de novos tipos penais, independentemente de estudos ou análise situacional quanto à adequada medida para solucionar o problema. Demonstrando assim, mero interesse estatal em satisfazer o sentimento emocional da população amedrontada.

Em 2010, Gazoto (2010) realizou estudos sobre a tendência legislativa penal no Brasil e concluiu que desde o Código Penal de 1940 o Brasil tem apresentado progressivo rigor penal, uma vez que das leis que alteraram o sistema penal, aproximadamente 80%, foram mais gravosas, dos projetos de lei apresentados cerca de 95% das propostas tem como objetivo aumentar penas e incidências penais⁴⁷, além de mencionar projetos de lei que confrontam de forma direta o estabelecido na Constituição Federal.

São encontrados também vários projetos punitivistas inconstitucionais, propondo a) a proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, nos casos de crimes hediondos, crime organizado, etc.; b) a retirada do limite de fixação das penas, nos crimes hediondos; c) tornar imputável o menor de 18 anos, no caso de crime hediondo; d) a vedação da concessão de *habeas corpus* a criminosos reincidentes; e) que o apenado fugitivo cumpra, em dobro, o período de pena já cumprido antes de sua fuga; f) a autorização para os Estados tipificarem crimes e contravenções penais; g) o estabelecimento de tempo indeterminado para que o preso provisório ou condenado permaneça no Regime Disciplinar Diferenciado – RDD⁴⁸.

Com o estudo de Gazoto (2010), observa-se um distanciamento dos direitos humanos e o princípio da dignidade humana, tornando o Direito Penal

46 BRUNO, Aníbal. **Periculosidade Criminal e medidas de Segurança**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

47 GAZOTO, Luís Wanderley. **Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo**. 2010. 378 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Sociais, Departamento de Sociologia, Programa de Pós – Graduação em Sociologia, 2010. p. 279-280.

48 *Ibid.*, p. 280-281.

cada vez mais rigoroso distanciando-se da humanização da pena ou de um caráter de ressocialização.

Ainda de acordo com o autor, ele afirma que “o Poder Legislativo contemporâneo, muitas vezes fundamenta o maior rigor penal nas representações sociais, na opinião pública e em conteúdos apropriados pela mídia como indicativas da necessidade de repressão penal”⁴⁹, evidenciando de forma clara a interferência da sociedade e da sensação de insegurança na produção de legislação de cunho apenas simbólico.

5.3 Minimização do princípio da intervenção mínima do direito penal

O princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* afirma que a intervenção penal só é legítima “quando a criminalização de um fato se constitui meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser tutelado por outros ramos do ordenamento jurídico”⁵⁰, evidenciando que a função precípua do direito penal é a proteção subsidiária e fragmentária dos bens jurídicos.

A aplicação do direito penal motivado pelo clamor social, pelo sensacionalismo das notícias criminais publicadas na mídia associado à rápida repercussão da informação, exige que o Estado adote providências imediatas no controle da criminalidade.

Esse imediatismo ocasiona, algumas vezes, o distanciamento do direito penal do princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, refletido na criminalização de condutas consideradas insignificante para o direito penal. Há o uso de Direito Penal como algo corriqueiro, como panaceia para os anseios sociais, e abandono da ideia de política de exceção.

O crime de bigamia está previsto no artigo 235 do Código Penal, contudo não há impedimento legal no Código Civil, no Código Penal, bem como na Constituição Federal que proíba relações poliafetivas, ou seja, relações em que uma pessoa possui dois ou mais relacionamentos sérios, duradouros e simultâneos, com convivência harmônica e sentimento de família entre eles. Estas relações são reconhecidas na doutrina e na jurisprudência como relações amorosas diversas do casamento e são consideradas para fins legais como uniões estáveis.

49 *Ibid.*, p. 284.

50 MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Método, v. 1, 2017. p. 12.

Com isso em mente, levanta-se o questionamento quanto à manutenção da bigamia como crime, uma vez que deveria seguir o exemplo do que houve com o crime de adultério, que foi revogado deixando as discussões acerca do tema no âmbito do direito civil.

Segundo Roxin (1986), o direito penal não deve legitimar o Estado na esfera moral do particular. O legislador não possui competência para castigar condutas não lesivas de bens jurídicos, simplesmente pela sua imoralidade, uma vez que “evitar condutas meramente imorais não constitui tarefa do direito penal”⁵¹. Portanto, o direito penal não tem cabimento onde outros meios são suficientes para regular a vida social.

A utilização do Direito Penal em excesso, segundo Roxin (1986), ao invés de atingir o esperado pelo Estado, produzindo a redução nos índices de criminalidade produziria efeito diverso, “porque é evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela”.⁵²

5.4 Ineficácia do objetivo e morosidade judicial

O simbolismo penal “não produz efeitos externos, mas somente na mente dos governantes e dos cidadãos”, segundo Masson (2017), nessa situação, os governantes acreditam terem promovido a proteção da paz pública, e aos cidadãos resta “a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades e de um legislador atento e decidido”⁵³. Os legisladores na busca de atender aos anseios da sociedade por segurança enveredam por um caminho de normatização penal e criminalização de condutas de forma exagerada, ocasionando a ineficácia e ineficiência do objetivo almejado.

Ao considerar tão somente o clamor e apelo da sociedade na elaboração de leis o Estado investe na repressão policial e judicial ao invés da prevenção criminal, conforme Moraes (2005),

(...) desconfia-se de que a imensa maioria dos legisladores e dos governantes, deixam de lado o investimento na prevenção criminal (a única forma de trazer tranquilidade à população) e preferem a repressão policial e judicial

51 ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986. p. 29-30.

52 *Ibid.*, p. 29.

53 MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Método, v. 1, 2017. p. 11.

(que procura cuidar dos fatos já acontecidos, com prejuízos humanos e materiais sem retorno, optando pelo “combate ao crime”⁵⁴.

Segundo o entendimento do autor, o Estado passa a investir em ações que não promovem a redução dos índices de criminalidade, uma vez que são ações apenas paliativas, tornando-se um direito penal ineficaz, resultando em aumento nos índices de violência e de crimes.

A convergência do Estado em ações repressivas judiciais e policiais é refletida no aumento da população carcerária e da taxa aprisionamento. Segundo Departamento Penitenciário Nacional a população carcerária brasileira aumentou expressivamente, em junho de 2016 a população prisional brasileira chegou a mais de 726 mil pessoas presas, em 2000, esse quantitativo era de 232 mil, o que demonstra que população aumentou mais que o dobro em relação ao total registrado no início dos anos 2000. No que tange a taxa de aprisionamento, em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes, em 2016 eram 352,6 refletindo aumento de 157%⁵⁵.

No que se refere especialmente a hipérbole do direito penal, pelo excesso de normativas e da criminalização de condutas, há o aumento das demandas e dos processos judiciais e policia culminando com a lentidão de processos, o que pode ser comprovado pelas altas taxas de presos sem condenação. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça aproximadamente 40% das pessoas privadas da liberdade no Brasil são presos por situações em que não houve condenação, ou seja, cidadãos que ainda não foram condenados em primeiro grau jurisdicional, cerca de 25% são presos condenados em execução provisória, que “correspondem aos casos em que já houve pronunciamento judicial acerca da necessidade de imposição da pena e há possibilidade de obtenção de benefícios em sede de execução” e apenas 35% presos condenados estão em execução definitiva, “assim entendidos como as pessoas que já tem ao menos uma condenação transitada em julgado e, por conseguinte, estão cumprindo de forma definitiva sua pena”⁵⁶, ratificando a dificuldade do judiciário em dar celeridade aos processos penais.

De acordo com Capez (2019), ao se afastar da sua função e enxergar o Direito Penal de forma relativa, focando na simples reprovação da conduta,

54 MORAES, Bismael B. **Prevenção criminal ou convivência com o crime** – Uma análise brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 51-52.

55 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO FEDERAL. Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN. Atualização – Junho 2016. Ministério da Justiça, 2017. p. 7-12

56 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco nacional de monitoramento de prisões**: Cadastro nacional de presos. Brasília, 2018, p. 30-32.

este contribuirá como difusor do medo sem realizar o combate à criminalidade. A visão do Direito Penal como algo acessório e abandonando as concepções básicas necessárias a convivência entre os seres humanos, causa uma ruptura entre cidadão e o Estado e estes se tornam rivais, o que estimula a ineficácia no combate ao crime.⁵⁷

Segundo o entendimento de Calderan e Louzada (2015), o Estado no intuito de oferecer rápida resposta aos anseios da população atropela os princípios do direito penal e editam leis de pouca ou nenhuma eficácia, que trazem em seu texto um caráter predominantemente simbólico. O distanciamento estatal de princípios e funções precípuas do direito penal produz como efeito o exagero do simbolismo penal e ultrapassam os limites da ineficácia da legislação avançando na descrença da população nas suas ações⁵⁸.

Considerando isso, temos o exemplo da Lei 11.340/2006, segundo entendimento de Santos e Santos (2008) a referida lei traz com o objetivo de evitar violência doméstica, contudo mostra-se incapaz de resolver definitivamente os problemas da criminalidade no âmbito familiar, apesar de conter afastamento da competência do Juizado Especial, medidas protetivas abusivas e precipitadas são tomadas, com: o aumento da pena máxima do crime de lesão; o aumento do rol das circunstâncias agravantes do crime; entre outras medidas. “Assim, a Lei Maria da Penha, além de não diminuir a violência, gera reflexos negativos na estruturação da família, reforçando o não exercício da paternidade responsável”⁵⁹.

Ainda em concordâncias com os autores, é afirmado que o tema deveria ser tratado de forma preventiva, especialmente por se tratar de um problema social intrafamiliar, impossível de ser solucionando apenas na esfera penal⁶⁰.

O sentimento de insegurança e medo do crime, que provoca na sociedade grande clamor social por medidas imediatas, fomentam a edição de medidas

57 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 18-19.

58 CALDERAN, Claudete Caldas; LOUZADA, Marcelle Cardoso. Legislação simbólica no direito penal e sua (in)efetiva proteção social. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**: mídias e direitos da sociedade em rede. UFSM – Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-4.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

59 SANTOS, Andréia Colhado Gallo Grego; SANTOS, Bruno Baltazar dos. **Do simbolismo penal e da lei maria da penha**: a (in)efetiva proteção da mulher, 2008. Disponível em: <http://www.publi-cadireito.com.br/artigos/?cod=185e48a43c7f63ac>. Acesso em: 17 mar. 2019.

60 *Ibid.*

inefcazes, bem como sobrecarregam o judiciário e desembocam na morosidade de julgamento dos processos criminais, podendo culminar na impunidade.

6 CONCLUSÃO

A sensação de insegurança é algo subjetivo, consequência de uma construção social formada a partir de julgamentos feitos pelas percepções pessoais e individuais, com fundamento em fatores culturais, sentimentais, ideologias e preconceitos. A sensação de insegurança percebida e a realidade são discrepantes. Na sociedade o sentimento de insegurança é algo heterogêneo, alimentado pelas individualidades e pela visão peculiar de cada pessoa.

A insegurança percebida é fomentada pelas notícias veiculadas nas mídias e a velocidade de propagação de informações como verdades em muitos casos sem as verificações pertinentes quanto à veracidade.

Estas circunstâncias estimulam o medo do crime e fomenta a ideia de sociedade de risco, assim a é criada a ilusão de plena segurança, e na busca para que este anseio seja atendido, é cobrado do Estado medidas imediatas de controle de criminalidade e cumprimento de seus deveres em garantir a segurança, bem como a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e de seus patrimônios.

O Estado tem em suas mãos o poder de legislar, utilizado para edição de normas jurídicas que visem promover a harmonia do convívio dos homens em uma comunidade. O Direito Penal surge com a regulação estatal no combate à criminalidade, por intermédio da descrição e tipificação de condutas como infração penal e a cominação de sanções de maior rigor impostas a quem descumprir as normas estabelecidas.

Contudo, a estreita relação entre sensação de insegurança e o imediatismo na produção de normas de Direito Penal, desconsiderando a necessidade de estudos preliminares quanto a circunstâncias que envolvem o crime, o criminoso, a vítima e o controle social, surge o Direito Penal meramente simbólico, fundamentado na simples urgência em satisfazer os clamores da sociedade. O Direito Penal Simbólico quando sofre interferências empíricas e abstratas, baseadas em impressões e sentimentos sociais, estimula a produção de normas distantes da real necessidade da política criminal criando um sistema penal frágil e exagerado, distanciando-se dos fundamentos e princípios do Direito Penal.

É certo que o simbolismo no Direito Penal tem sua importância, como sendo um instrumento para coibir a criminalidade, uma vez que a pena traz consigo o simbolismo do castigo e da justiça, contribuindo na prevenção da

prática de novos delitos, contudo, a influência da sensação de insegurança de forma superficial e desproporcional no Direito Penal Simbólico tem algumas repercussões negativas, tais como: seletividade penal; exclusão social; severidade exacerbada na sanção penal; mitigação do princípio da intervenção mínima; ineficácia do objetivo e morosidade judicial.

Certamente, a atuação meramente simbólica do Direito Penal, não é evidentemente legítima, uma vez que não atinge resultados eficientes e eficazes na prevenção de delitos. Portanto, é necessária cautela por parte dos legisladores na formulação de leis puramente simbólicas, uma vez que frente à ineficácia das normas produzidas, a sociedade poderá se tornar a longo e médio prazo descrente da atuação do Estado e consequentemente isto ocasionará danos pela banalização do Direito Penal.

7 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Igor Eduardo dos Santos. Direito penal simbólico na modernidade líquida: Ensaio criminológico na perspectiva Baumaniana. **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**, Natal, v. 5, n. 2, out. 2017. p. 69-81.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997.

_____. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

_____. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BRASIL, Cristino Índio do. **Pesquisas do IBGE vão abordar questões sobre segurança no país**. Rio de Janeiro: Agência Brasil, 2018. Disponível em:

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-08/pesquisas-do-ibge-vao-abordar-questoes-sobre-seguranca-no-pais>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte geral**. Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. **Periculosidade Criminal e medidas de Segurança**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

CALDERAN, Claudete Caldas; LOUZADA, Marcelle Cardoso. Legislação simbólica no direito penal e sua (in)efetiva proteção social. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. UFSM - Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria,

2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-4.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco nacional de monitoramento de prisões**: Cadastro nacional de presos. Brasília, 2018.

COTTA, Francis Albert; LEÃO, Jacqueline Oliveira. Subjetividade, medo e sentimento de insegurança na sociedade contemporânea. **Cadernos Zygmund Baumam**, Maranhão, v. 3, n. 5. 2013.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO FEDERAL. Do Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN. Atualização – Junho 2016. Ministério da Justiça, 2017.

DICIONÁRIO Online de Português. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/inseguranca/>. Acesso em: 17 fev. 2019.

DUARTE NETO, Júlio Gomes. O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 66, jul. 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6154. Acesso em: 17 fev. 2019

GAZOTO, Luís Wanderley. **Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo**: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. 2010. 378 f. Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Sociais, Departamento de Sociologia, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, 2010.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. A construção social do medo do crime e a violência urbana no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 115.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Características de Vitimização e Acesso à Justiça em 2009. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio**. Rio de Janeiro: IBGE, 15 dez. 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=1786&t=47-2-pessoas-nao-se-sentem-seguras-cidade-que=-moram&view-noticia>. Acesso em: 18 fev. 2019.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 21. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001.

LEAL, José Manuel Pires. O sentimento de insegurança na discursividade sobre o crime. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, n. 23, jan./abr. 2010.

MASLOW, Abraham Harold. **Introdução à psicologia do ser**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1962.

_____. **Motivation and personality**. New York: Harper & Row, 1954.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**: parte geral. 11. ed. v. 1. São Paulo: Método, 2017.

MELLIM, Ana Helena Rodrigues. **Direito penal simbólico**: a influência do pensamento de Émile Durkheim. 2012. 101 f. Monografia (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo, 2012.

MORAES, Bismael B. **Prevenção criminal ou convivência com o crime** – Uma análise brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NASCIMENTO, Marco Aurélio Azevedo do; SILVA, Thiago Henrique Costa. **Direito penal simbólico**: uma discussão sobre a maioria penal, 2018, 14 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Formação de Praças do Comando da Academia Polícia Militar de Goiás.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega. 1986.

_____. **Derecho procesal penal**. 25 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SANTOS, Andréia Colhado Gallo Grego; SANTOS, Bruno Baltazar dos. **Do simbolismo penal e da lei Maria da Penha**: a (in)efetiva proteção da mulher. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=185e48a-43c7f63ac>. Acesso em: 17 mar. 2019.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A imposição do medo do direito penal como instrumento de gestão dos setores subalternos da população Brasileira. **Lex Humana**, Petrópolis, n. 2, 2010.

WOLKERMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOVERNANÇA MULTINÍVEL

MULTI-LEVEL GOVERNANCE

Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho¹

RESUMO: O presente trabalho trata-se de uma resenha crítica feita do livro *La gobernanza multinivel del gasto público europeo*, do Prof. Dr. Antonio Martín Porrás Gómez. A obra abrange o Direito Constitucional, Finanças Públicas e Teoria Política e aborda o problema da governança da despesa pública em vários níveis (nacional, subnacional e supranacional). É uma leitura obrigatória para aqueles que pretendem aprofundar-se na temática conceitual da governança dos gastos públicos ou que procuram entender a situação da governança multinível do gasto público europeu. O livro suscita discussões relevantes acerca das desigualdades entre países integrantes da Comunidade Europeia, o que pode ser transportado para as diferenças entre as regiões brasileiras, servindo de contributo para aqueles que estudam, no Brasil, a cooperação dos entes federados em relação às assimetrias e disparidades dos aspectos sociais, econômicos e culturais que caracterizam as mais variadas formas de desequilíbrios regionais e intrarregionais.

Palavras-chave: Controle. Gastos Públicos. Governança Multinível.

Recebido em: 26/05/2019 **Aceito em:** 10/06/2019

ABSTRACT: This work is a critical review of the book *La gobernanza multinivel del gasto público europeo* ("Multilevel governance of European public expenditure"), by Prof. Dr. Antonio Martín Porrás Gómez. It covers Constitutional Law, Public Finances and Political Theory, and addresses the issue of public spending governance at various levels (national, subnational and supranational). It is a compulsory reading for those who want to deepen their knowledge on the conceptual theme of public expenditure governance, or who seek to understand the multi-level governance situation of European public spending. The book raises important discussions about the inequalities between member countries of the European Community, which can be transported to the different regions of Brazil, serving as a contribution to those studying, in Brazil, the cooperation of federated entities in relation to the asymmetries and disparities of the social, economic and cultural aspects that characterize the most varied forms of regional and intraregional imbalances.

Keywords: Control. Public Spending. Multilevel Governance.

Received in: 26/05/2019 **Approved in:** 10/06/2019

1 Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra – Portugal. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Auditora de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado da Bahia (TCE/BA). Professora de Direito Administrativo em diversas instituições, inclusive na Universidade Federal da Bahia (UFBA) entre 2016 e 2018. E-mail: morgana@tce.ba.gov.br.

1 INTRODUÇÃO/APRESENTAÇÃO DA OBRA

O livro objeto da resenha foi escrito em espanhol. A obra intitulada *La gobernanza multinivel del gasto público europeo*² abrange as áreas de Direito Constitucional, Finanças Públicas e Teoria Política e aborda o problema da governança da despesa pública em vários níveis (nacional, subnacional e supranacional). É resultado do doutorado do Professor Antonio Martín Porras Gómez³, cursado na Universidade de Sevilha, sob a orientação do Prof. Dr. Manuel Medina Guerrero, iniciado em 2008 e concluído em 2013.

A tese ganhou o Prêmio “*Nicolas Perez-Serrano*”, em 2013, o qual divulga estudos e pesquisas nas disciplinas de Ciências Sociais e Direito Público; o Prêmio *IX Research Award “Mestre Rational”*, em 2014, que promove a investigação financeira dentro da academia e sua aplicação na gestão administrativa do setor público; e o Prêmio “*Massimo Vari*”, em 2015, do Tribunal de Contas Europeu (TCE), sobre auditoria do setor público. Foi publicada pelo Centro de Estudos Políticos e Constitucionais (CEPC), que está entre as 25 maiores editoras de literatura científica da Espanha, de acordo com estudos realizados pelo Grupo EC3 da Universidade de Granada, a qual produz o índice *Publishers Scholar Metrics* (PSM), e pelo Grupo de Pesquisa sobre Livro Acadêmico (ILIA) do Conselho Superior de Investigações Científicas (CSIC), o qual elabora o *Scholarly Publishers Indicators* (SPI)⁴.

No texto, o autor divide o estudo em três partes. Na primeira parte, apresenta uma visão geral do controle externo dos gastos públicos e sua centralidade dentro do sistema jurídico público. O controle orçamentário é colocado como esfera nuclear do Direito Constitucional e se destaca como um dos alicerces da política do Estado contemporâneo. A partir daí, é desenvolvido

2 GÓMEZ, Antonio Martín Porras. **La gobernanza multinivel del gasto público europeo**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, 410 p. ISBN 978-84-259-1649-6.

3 Professor Assistente de Administração Pública na Universidade Americana de Beirut (Líbano), também são suas as seguintes publicações:

A União para o Mediterrâneo: um novo elemento na governança da região mediterrânica, **Revista de Fomento Social**, nº 255, julio-septiembre 2009, pp. 525-547. ISSN 0015-6043.

A reforma do sistema comunitário de governação financeira sob a Comissão Barroso, **Auditoria Pública**, nº 49, noviembre 2009. ISSN 1136-517X.

A Reforma da Gestão Financeira na Comissão Europeia: Um Estudo de Caso do Ciclo de Políticas de Gestão Pública, **Administração Pública**, Abril de 2011, 89: 1546-1567 (coautor com Roger Levy e Michael Barzelay). ISSN 1467-9299. DOI: 10.1111 / j.1467-9299.2011.01927.

Metagovernança e controlo dos quadros de governação a vários níveis: o caso da execução financeira dos Fundos Estruturais da UE, **Regional and Federal Studies**, v. 24, Iss. 2, 2014, 173-188. DOI: 10.1080 / 13597566.2013.858707.

4 Ambos são índices que medem a qualidade dos editores espanhóis. O PSM leva em conta o número de citações de livros, e o SPI os pontos de vista acadêmicos.

o conceito de governança como nova forma de exercício do poder político, a partir de um esquema de pirâmide com vários níveis de controle (interno, externo, político, social e jurisdicional), dando enfoque à questão conhecida hoje como governança multinível.

Na segunda parte, aborda-se o problema do controle do gasto público, que tem experimentado uma série de transformações nos últimos anos. O autor constata que os circuitos tradicionais de controle do gasto público têm se demonstrado ineficientes ante as crises fiscal e estrutural e aos escândalos de corrupção nas democracias desenvolvidas, razão pela qual analisa como pode ser concebido o controle da despesa pública, especialmente em seu aspecto de gestão, e apresenta modelos de controle supostamente mais eficazes, objetivando evitar desvios.

Na terceira parte, os estudos estão voltados para os princípios do sistema orçamentário europeu. A obra descreve como é feito o controle orçamentário na Europa, com referência aos subsistemas de controle interno e externo. Por fim, é apresentado o subsistema de controle político das despesas da União Europeia, com seus problemas de governança, especialmente, nos processos de prestação de contas.

Foram selecionados três tópicos específicos situados nas duas primeiras partes da obra para elaborar esta resenha crítica: a visão do controle dos gastos públicos; o conceito de governança e de governança multinível; e a caracterização da pirâmide do controle.

Alerta-se os leitores que é utilizada a primeira pessoa do plural quando a autora da resenha quer fazer incursões, comentários, acréscimos, destaques e observações ao texto de Antonio Martín Gómez.

2 DESENVOLVIMENTO/ANÁLISE INTERTEXTUAL

2.1 Visão do controle dos gastos públicos

A obra objeto da resenha define “controlar” como analisar a realidade e comprovar se o que foi feito corresponde ao que foi planejado e era esperado. Argumenta-se que isso ocorre em qualquer atividade humana racional, quando se quer constatar se determinada ação está alcançando seus objetivos. Assim, toda instância encarregada de exercer um poder político tem de submeter-se a mecanismos e procedimentos de controle.

O controle do gasto público se erige como requisito indispensável para a configuração do Estado de Direito, premissa lógica para a existência do próprio Direito Constitucional, posto que é impossível conceber a existência

de um Estado Constitucional sem mecanismos que controlem o cumprimento do Direito pelo próprio Estado.

Podemos acrescentar que, de fato, foi no início da Idade Moderna (século XVIII), após a Revolução Francesa de 1789 (propagação do liberalismo, crescimento da complexidade das estruturas estatais e separação de poderes e de atribuições entre Legislativo, Executivo e Judiciário), que ficou evidenciada a necessidade de instituir órgãos técnicos autônomos para auxiliar os Parlamentos a controlar as finanças públicas. Afinal, foi a partir da concepção de um governo das leis, em oposição ao governo dos homens, que o controle dos gastos públicos se tornou proeminente.

Dessa forma, concordamos com o autor da obra objeto desta resenha quando afirma que o controle do poder político no Estado contemporâneo tem importância “transcendental” e que o Estado Democrático de Direito necessita da existência de eficazes mecanismos de controle para ser efetivo. Cabe-nos destacar o comentário de Norberto Bobbio (2005)⁵, quando vinculou a controlabilidade com a democracia e associou a incontrollabilidade com o distanciamento de ideais democráticos.

Nesse sentido, Antonio Martín Gómez afirma que a ausência de controle reduz a simetria de informações entre o povo e o governo, especialmente na gestão das finanças públicas, e que o correto funcionamento da democracia depende da livre circulação da informação e de opiniões entre todos os elementos do sistema. Se há desequilíbrio, o sistema democrático pode estar em risco, já que o representante/governante pode acabar atuando de maneira dissonante com a vontade dos atores principais/titulares do poder (povo). Para ele, o controle permite a comparação entre o que é e o que deveria ser. No gasto público, por exemplo, o controle ajuda a comparar a execução do orçamento e o que foi previsto para ser realizado.

O sistema de controle opera, assim, globalmente através de diferentes níveis sobrepostos, construídos uns sobre os outros, nos quais se pode identificar níveis jurídicos e políticos. Os níveis jurídicos seriam, para ele, o controle interno, externo e jurisdicional, enquanto os níveis políticos seriam o controle parlamentar e social.

Fixadas tais premissas, o autor discorre sobre a origem histórica do controle do gasto público e do constitucionalismo e cita alguns momentos históricos: a assinatura da Magna Carta em 1215; a independência das colônias britânicas da América em 1776; e a Revolução Francesa em 1789, que seriam

5 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 44.

precedentes de documentos constitucionais e que tiveram como cenário o pleito pelo controle dos gastos públicos ante a crises financeiras, arbitrariedades de governantes e excessos na centralização de poder e na tributação. Dessa forma, ele demonstra que controle do gasto público e constitucionalismo estão entrelaçados e compartilham uma mesma gênese histórica, sendo difícil compreender um sem o outro no contexto dos sistemas políticos contemporâneos.

Corroboramos com essa aproximação entre o controle do gasto público e o constitucionalismo e destacamos que Odete Medauar (2015)⁶ lembra que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já continha, no art. 15, o seguinte preceito: “A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”. Para ela, aí está o significado do controle sobre as atividades da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito.

Além dessa ligação entre controle e constitucionalismo, Antonio Martín Gómez ressalta a importância da atividade de controle como diretamente relacionada com a complexidade e dinamismo da realidade a ser controlada. Para ilustrar, traz a lição de Pérez Royo, no sentido de que, quanto mais complexa e pluralista for a sociedade, maior a necessidade de gerar mecanismos de controle do poder político. Prossegue concluindo que, no atual cenário sociopolítico, as formas de exercício do poder político parecem experimentar um processo de adaptação, abandonando o paradigma tradicional de governo para situar-se em torno do paradigma de governança, que sugere uma multiplicidade de atores, públicos e privados, compartilhando o poder em proporções variáveis, mas em todos os níveis influenciando de alguma forma as decisões políticas.

Creemos que o aumento progressivo da participação do Estado na atividade econômica exige mudanças nas políticas públicas e nas políticas de gasto público, que são compelidas a adaptar-se continuamente à realidade política e social. Se considerarmos o Estado Social e as políticas intervencionistas adotadas, que implicam incremento crescente do gasto público, a análise do autor ecoaria nesse modelo de Estado, pois os mecanismos de controle teriam de ser reforçados.

A obra, abordando a constitucionalização dos sistemas de controle externo do gasto público, traz o controle orçamentário como um mecanismo essencial tanto no sistema presidencialista quanto no parlamentarista, posto que representa um controle do Legislativo sobre o Executivo e, dessa forma, caracteriza-se como um controle social. Explica o desenho geral do controle

6 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 441.

orçamentário, em que se identificam distintos subsistemas: interno, externo, jurisdicional, político e social, numa estrutura piramidal.

Na base dessa pirâmide, estaria o controle interno, que é realizado pelo próprio poder Executivo para verificar se as administrações públicas estão gastando de acordo com o orçamento e de maneira legal e regular, e, ainda, se estão cumprindo com as diretrizes e prioridades do Governo.

Acima do controle interno operaria o controle externo, composto por serviços de auditoria externa de competência do Legislativo e feito por meio de órgãos especializados (Entidades Fiscalizadoras Superiores – EFS ou Órgãos de Controle Externo Autônomos – OCEX), a fim de garantir a independência do controle. Esses órgãos seriam essenciais na arquitetura constitucional moderna, elementos necessários para a sobrevivência do Estado Social.

Acrescentamos que, no Brasil, o controle externo dos gastos públicos é exercido, respeitando o princípio federativo e a repartição de competência dos entes federados, pelos Tribunais de Contas, que são considerados órgãos independentes e autônomos (Tribunal de Contas da União - TCU, Tribunais de Contas dos Estados - TCEs e Tribunais de Contas dos Municípios - TCMs, sendo que estes últimos existem apenas em São Paulo, Bahia e Minas Gerais). Também é usual que os gastos públicos, no Brasil, sejam controlados por outros órgãos e entidades públicas, como Ministério Público e Comissões Especiais dos órgãos legislativos (quais sejam, Congresso Nacional na União, Assembleias Legislativas nos Estados e Câmaras de Vereadores nos Municípios), e organizações privadas da sociedade civil, como ONGs, Instituto ETHOS, Observatório Social, etc.

Sobre os propósitos do controle externo, Antonio Martín Gómez cita a Declaração de Lima da INTOSAI, que elenca três objetivos mais relevantes: 1º) compreensão do gasto público, incluindo o dever de transparência; 2º) prestação de contas e assunção das responsabilidades; e 3º) retroalimentação ou melhora ligada à capacidade de resposta e de correção das falhas apontadas.

Observamos, quanto ao dever de transparência como objetivo do controle externo dos gastos públicos, que, no Brasil, o art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, assegura o direito à informação (direito de todas as pessoas receberem dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo, com exceção das situações resguardadas por sigilo). Complementando esse enunciado constitucional, foi previsto também o direito de acesso à informação no art. 37, §3º, II, CF/88, e, para dar concretude a esses mandamentos, foi editada a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18.11.2011), representando um grande avanço na Administração Pública brasileira.

O autor propõe a transparência para reduzir significativamente a assimetria de informação entre o Estado e o povo, pois o acesso à informação aumenta a legitimação do poder público. A transparência configuraria elemento inerente ao controle do gasto público e verdadeiro direito do povo, visto que quem paga os impostos deve decidir, ou ao menos conhecer, o destino dos recursos públicos.

Entendemos que esses pilares (transparência e acesso à informação) possibilitam que surjam avaliações sobre as escolhas feitas, facilitando a participação dos cidadãos e permitindo críticas que auxiliam o aperfeiçoamento da qualidade das decisões públicas e dos programas governamentais. Ou seja, a transparência possibilita o que John Rawls (2016)⁷, em sua *Teoria da Justiça*, chama de “exercício da razão pública”, ou racionalidade pública, expressão que substitui a visão mais antiga e formal de democracia (governo por eleição) pelo modelo de democracia mais atual (governo pela discussão, como defende Amartya Sen (2009)⁸). Com efeito, a transparência é uma das variáveis mais relevantes para aferir a democracia de um governo. Afinal, a democracia hoje é mais que o exercício periódico de voto; é a possibilidade de participação permanente, de acesso a informações governamentais, de opinar em audiências públicas, de manifestar-se de diversas formas e de organizar-se para propor e cobrar políticas públicas.

Acrescentamos o que foi afirmado por Edilberto Lima⁹, em palestra proferida no Tribunal de Contas do Estado da Bahia, em 10 de março de 2017:

(...) do mesmo modo que como uma rua iluminada pode contribuir para a diminuição da criminalidade, a ampla divulgação e o conhecimento das políticas públicas podem constranger práticas nocivas (...) é improvável estabelecer um bom governo com opacidade de informações.

Além disso, acreditamos que a transparência ajuda a evitar muitos problemas, desde a corrupção até a sobredestinação de recursos para áreas específicas. Por essa razão, concluímos ser extremamente relevante a transparência para o controle dos gastos públicos e para a tomada de decisão política, que resultarão em maior governança.

7 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

8 SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 429.

9 Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da UC e Doutor em Economia pela UnB.

2.2 Exame conceitual dos termos governança e governança multinível

Antonio Martín Gómez afirma que a configuração do termo “governança” é resultado de uma evolução do Estado durante os séculos XIX e XX. Etimologicamente, esse termo pode ser utilizado de forma igual ao termo “governo”, no sentido de direção política/administração. Porém, o uso contemporâneo contempla um sentido diferente de governo, e a diferença reside na intenção de marcar um novo modelo de ação pública, iniciada no final do século XX, com multiplicidade de atores, tanto públicos quanto privados, que compartilham o poder em proporções variáveis e influenciam a tomada de decisões.

Somamos a esse conceito a análise de Paulo Nogueira da Costa (2014)¹⁰ sobre a governança como conceito alternativo ao de governo:

O final do séc. XX é marcado por uma mudança radical no modo como as decisões de política pública são tomadas e implementadas, tendo-se transitado de uma realidade em que as decisões fundamentais eram tomadas pelas estruturas e instituições formais de governo, para uma realidade caracterizada pela dispersão do poder e pela fragmentação da responsabilidade, em que são múltiplos os atores envolvidos na tomada de decisões públicas e na respectiva implementação.

Entendemos que a governança se apresenta como uma nova forma de governar, e, entre as causas responsáveis por essa transformação, podemos destacar a globalização e a reconfiguração do Estado Social, conforme leciona Donald KETTL (2002)¹¹. Afinal, o interesse mundial em governança não é novo. Desde 2004, a *Organization for Economic Corporation and Development* (OCDE) publica seu próprio conjunto de princípios de governança.

No Brasil, chamamos atenção para o fato de que o Tribunal de Contas da União (TCU) enquadra a governança como um mecanismo de avaliação, direção e monitoramento que interage entre estruturas administrativas (cultura organizacional e processos), cidadãos e outras partes interessadas integrantes no processo de poder e de responsabilidades, com o intuito de prover sistemas políticos e administrativos efetivos em suas ações. O TCU elaborou, em 2016,

10 COSTA, Paulo Nogueira da. **O Tribunal de Contas e a boa governança**. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 149.

11 KETTL, Donald. **The Transformation of Governance: Public Administration for Twenty-First Century America**. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2002, pp. 118 e ss.

um referencial de avaliação do Governo Central e diagnosticou o perfil da governança brasileira entre entidades públicas locais, regionais e federais¹².

Antonio Martín Gómez prossegue indicando que, no atual cenário, é possível distinguir três formas de governar: por meio do governo (somente atores públicos); do mercado/sociedade civil (somente atores privados); e da governança (atores públicos e privados com distinto suporte de legitimação – nacional, supranacional ou subnacional). Tomando a governança como forma de exercício do poder político, ele afirma que, na terceira forma apresentada de governar, tende-se a substituir as normas de direito positivo (tratados, leis, regulamentos) por normas mais brandas, não vinculantes e privadas (códigos de conduta, normas de ética, etc.), além de possuir um regime de sanções pouco elaborado.

Inserimos o posicionamento de Gomes Canotilho (2008)¹³ sobre o significado de governança: “ponte conceitual inter e transdisciplinar de quase todos os esquemas referenciais do direito, da economia e das finanças.” Entender essa “ponte conceitual”, ou transição de governo para governança, constitui um desafio das sociedades contemporâneas, afetadas pela globalização que gerou novas lógicas de poder e afetou o modelo interventivo do Estado moderno.

Consta na obra objeto desta resenha que as crises de paradigma do governo quanto à eficácia (complexidade das demandas sociais contemporâneas trazidas pela globalização e pós-modernidade e pelo *déficit* financeiro) e quanto à legitimidade (desestruturação do Estado Social e do modelo de representação política que gera *déficit* democrático estrutural) são responsáveis pela transformação e abrangência do sentido de governança, que, para superar as dificuldades de operacionalização, precisa adaptar-se ao panorama da aceleração dos efeitos de fenômenos naturais e sociais e ao cenário da diminuição/dissolução de distâncias e fronteiras.

Nesse sentido, não podemos negar que, a partir do surgimento de novas tecnologias e da globalização, foram sentidas pela sociedade transformações sem precedentes. A rapidez das mudanças sociais, culturais, tecnológicas, científicas, econômicas e políticas em curso pode ser exemplificada com a lembrança de que, no século XVIII, eram necessários 150 anos para que o conhecimento global dobrasse. Hoje, esse período é de 2 anos, e projeta-se para o primeiro quarto do século XXI que esse tempo seja de 72 horas. É vertiginosa

12 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial para avaliação da governança do Centro de Governo**. Brasília, DF: Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado, 2016.

13 CANOTILHO, J. J. Gomes. **O Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano**. Lisboa: Centro de Estudos e Formação da Organização das Instituições Superiores de Controle da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, 2008, p. 29.

a velocidade da comunicação e da disseminação de conhecimentos e do aprendizado coletivo na atualidade em nossa sociedade. E, ao lado da velocidade da comunicação, está a rapidez das transformações tecnológicas (no final do século XIX não existiam como realidade para muitos, ou melhor, para quase toda a humanidade, aviões, carros, foguetes, telefone, rádio, televisão, computadores, internet, energia nuclear, eletricidade, laser, etc.); sociais (o significado de trabalho mudou do século XIX para o século XX); e políticas (houve um aumento significativo da pressão da política sobre o Direito para que este se revelasse capaz de harmonizar uma sociedade tão complexa e heterogênea).

Antonio Martín Gómez reconhece que essa complexidade e dinamismo sociais influenciam o desenho de sistemas políticos complexos, nos quais a governança pode ser incluída como resposta à crise de eficácia e de legitimidade do sistema político. Elencam-se alguns elementos de simplicidade política que têm dificuldade em adaptar-se ao novo cenário de governança: a) a racionalidade piramidal ou hierárquica das estruturas jurídicas tradicionais (constituição-lei-regulamento-ato administrativo), que está sendo desafiada pela proliferação de regulamentos independentes, atos administrativos direcionados, normas de direito brando (*soft law*) ou novos elementos simbólicos de ação de governo (pronunciamentos ou posicionamentos políticos) que escapam do princípio da legalidade; e b) o debate político binário, apoiado nas dualidades maioria/minoria ou esquerda/direita, atualmente verificadas em toda sociedade mundial, com interesses fragmentados e multifacetados.

Ainda analisando a governança como resposta à crise dos sistemas políticos contemporâneos, o autor cita o *Livro Branco da Governança Europeia*¹⁴, que indica que a governança abre novas possibilidades para reforçar a legitimidade das estruturas políticas, por permitir que a sociedade civil participe das políticas públicas. No entanto, pondera que há de se ter cautela, porque, ao participar das políticas, a sociedade civil, de certo modo, deixa de ser sociedade civil e passa a contaminar-se de interesses políticos que podem gerar efeitos perversos, como a perda do caráter crítico fiscalizador.

Além disso, examina outras objeções à contribuição da governança para o aumento da legitimidade democrática: a) relativa desigualdade entre os atores envolvidos na rede da governança (desigualdade de capacidades, sejam políticas, econômicas, intelectuais, desportivas; interesses, conhecimentos e recursos); b) dificuldade de identificação do interesse público, de caráter geral, capaz de transcender os interesses particulares; e c) sobreposição de níveis de governança, capaz de produzir uma dinâmica competitiva que derive para a

14 Neste livro, a Comissão das Comunidades Europeias refere cinco princípios basilares de boa governança: abertura, participação, responsabilização, eficácia e coerência. Bruxelas, 2001, p. 11.

prática de um processo de expulsão dos atores menos eficientes pelos mais eficientes, ou de aglutinamento, ou de anulação, ou de captura de um interesse por outro¹⁵.

A obra, assim, ressalta que o novo paradigma (governança) não tem a pretensão de substituir, mas de complementar o paradigma de governo, como um novo mecanismo de coordenação, cooperação e colaboração social entre atores. A governança tem de conviver com o governo, o mercado e a sociedade civil organizada (ONGs, etc.). Na “era da governança”, não deixariam de existir e atuar os mecanismos tradicionais do Estado.

Corroborando a obra, entendemos que, no quadro atual de governança, não deve ser menosprezado o papel desempenhado pelos governos formais (Estados). Afinal, “Government is one of the actors in governance”¹⁶. Logo, é impossível eliminar o Estado de qualquer reflexão sobre governança pública. Assim, pode-se concluir, como faz Paulo Nogueira da Costa (2014), que “a compreensão de governança continua a fazer apelo ao conceito de Estado e de soberania”¹⁷, ainda que se divirja sobre o tamanho do Estado e sobre o alcance da soberania.

Assim, podemos sintetizar, apoiando-nos em Patsy Healey (2006)¹⁸, que a governança surge como processo de mobilização da ação coletiva e de regulação de interdependências, pois inclui as formas de ação coletiva centradas na esfera pública, quer as estruturadas por organismos governamentais formais, quer as formadas por grupos autônomos ou movimentos sociais que resistem e desafiam os modelos tradicionais de governar.

Retomando o texto objeto da resenha, o autor inicia o estudo do conceito de governança multinível assinalando que esse tema tem grande relevância para compreender o sistema de gestão do gasto público europeu, no qual, tanto no ciclo de programação quanto no de execução e no de controle orçamentário agrupam-se atores de governança situados em uma escala de maior ou menor

15 Não devemos deixar de considerar a influência, especialmente em países de menor solidez institucional, das mídias tradicionais (TV, jornal, revistas, etc.) e das mídias sociais e sua influência na opinião pública.

16 Trecho do artigo das Nações Unidas. Comissão Econômica e Social para Ásia e Pacífico, 2009. **What is Good Governance?** Disponível em: <https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

17 COSTA, Paulo Nogueira da. **O Tribunal de Contas e a boa governança**. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 152.

18 HEALEY, Patsy. **Transforming governance**: Challenges of institutional adaptation and a new politics of space. *European Planning Studies*, v. 14, n. 3, 2006, p. 299 – 320.

amplitude (regiões-Estados Membros-Instituições Europeias). Ele aduz que foi precisamente no âmbito da gestão dos fundos estruturais europeus que surgiu o conceito de governança multinível, que implica a governança, com a particularidade de que as instâncias de poder participantes (atores) podem ser nacionais e, também, supranacionais e subnacionais.

O autor discorre sobre a origem histórica do conceito de governança multinível, que surgiu a partir do *Paquete Delors* de 1988. Tal acontecimento desencadeou um processo de transformação em grande escala na Europa, pela introdução do princípio da associação vertical e horizontal de múltiplos atores formalmente independentes (públicos e privados, nacionais, supranacionais, centrais e subnacionais), no qual se consolidava o modelo de política de coesão, por meio dos fundos estruturais que foram se desenvolvendo.

Frisa ainda que, apesar de teorizado desde 1993, por Marks, como “a system of continuous negotiation among nested governments at several territorial tiers”, e de ser muito utilizado, o termo “governança multinível” não possui um âmbito semântico claramente delimitado, o que seria um risco visto que é preciso entender que a governança multinível transcende à política de coesão e estende-se a outras políticas com conexão territorial, como a proteção do meio ambiente na União Europeia. Para haver governança multinível, seria preciso que a sociedade civil em nível sub, supra, inter ou transnacional estivesse envolvida e mobilizada.

Para Antonio Martín Gómez, a governança multinível compreende um elemento de participação de atores privados e evoca a ideia de um sistema complexo de tomada de decisões públicas, um marco institucional em que se fundem instâncias de poder públicas e privadas num modelo de colaboração, em que os processos de mobilização política são *condition sine qua non*.

Entendemos que a participação de atores públicos e privados no processo de tomada de decisão representa um fator fundamental para assegurar a eficiência e a responsabilidade dos governantes. Nesse ponto, trazemos a lição de Margarida Pereira (2014)¹⁹:

A governança multinível está consensualizada como o modelo mais eficaz e eficiente para a governabilidade dos territórios porque: i) gere melhor os impactos territoriais a várias escalas, provocados por externalidades multi-escalares, desde a escala mundo (p.e. alterações climáticas ou tendências da economia global), até à escala local (p.e. serviços urbanos ou novas

19 PEREIRA, Margarida. (2014). **Governança territorial multinível em Portugal: fratura(s) entre teoria e prática(s)**. DRd – Desenvolvimento Regional em debate (ISSN 2237-9029), v. 4, n. 2, p. 4-20, jul./dez. 2014.

necessidades da comunidade); ii) reflete a diversidade de interesses dos cidadãos; iii) facilita compromissos políticos mais credíveis; e iv) fomenta a inovação e experimentação no campo das políticas públicas.

Dessa forma, pelos motivos apontados, vemos que a governança multinível, modelo adequado de governabilidade para a União Europeia, pode ser implantada em Estados unitários, estruturados em três níveis (central, regional e local), como a República Federativa do Brasil. Isso porque os fenômenos locais, regionais e centrais definem pontos de vista significativos para entender o papel do Estado, das relações sociais, dos interesses, dos compromissos, dos conflitos e do controle, de maneira similar ao que ocorre nos Estados da União Europeia.

2.3 Caracterização da pirâmide do controle na governança multinível

Antonio Martín Gómez apresenta a pirâmide de controle e enfatiza que a razão da estratificação do controle em níveis reside na necessidade de reduzir as assimetrias de informação em um cenário com múltiplos atores. O controle interno reduziria os déficits de informação que o Governo tem em relação ao desempenho financeiro da Administração Pública, enquanto o externo reduziria a assimetria de informação que o Parlamento tem em relação ao Executivo. Finalmente, o controle político reduziria a assimetria de informação que a sociedade tem com relação a todo o sistema político.

Quanto à dinâmica da pirâmide do controle, esta propõe que cada nível se apoie diretamente sobre o nível imediatamente inferior, e, de maneira indireta, sobre os outros níveis inferiores, sendo que todos os níveis de controle, menos o jurisdicional, se manifestem de forma contínua em relação à atividade financeira da Administração. Já o controle jurisdicional só se manifestaria em caso de suspeitas de exercício irregular de determinada atividade. Por seu caráter casuístico e reativo (que o diferencia das demais instâncias de controle), apareceria representado na pirâmide como um nível menor, acima do controle externo e abaixo do político. Os três níveis mais próximos da base da pirâmide (controles interno, externo e jurisdicional), para o autor, seriam controles jurídicos; e os controles político e social seriam controles políticos. Portanto, nestes últimos, os parâmetros de controle iriam além do Direito e poderiam adentrar em terreno ideológico, moral, religioso ou de outra ordem.

Todavia, o autor alerta que, num contexto de governança multinível, a pirâmide de controle pode adquirir uma complexidade especial. Em primeiro lugar, se produz uma fragmentação dos sistemas, que passam a ter dimensão supranacional, nacional e subnacional. Excetuando-se o controle

jurisdicional, cada nível de controle teria três subníveis, e a pirâmide se tornaria ainda mais multinível.

Continuando a problematização da estrutura multinível de governança, ele demonstra que, quando se imagina a pirâmide de controle, pensa-se inicialmente em uma única circunscrição política, em que estariam bem definidos ordenamentos jurídicos, instituições, forças políticas e opiniões públicas. Porém, a inquietação surge quando existem múltiplas instâncias territoriais, como na cena da União Europeia. Nesse cenário, a certeza que existe é que não há um único povo europeu e que as opiniões dos distintos Estados membros se mostram sensivelmente diferentes ante ao problema do gasto público considerado ilegal ou impróprio, o que causa muita dificuldade em construir soluções e atribuir responsabilidades em nível supranacional.

Acrescentamos a esse cenário as dificuldades de governança nas regiões de fronteira, que apresentam necessidades específicas e nas quais é preciso oferecer soluções administrativas distintas. Talvez por isso ainda podemos nos referir à União Europeia como uma “aventura inacabada”, como referiu Zygmunt Bauman (2006)²⁰, ou indagar se a Constituição Europeia foi uma “oportunidade perdida”, como indagou Alexandra Aragão (2005)²¹.

Um último alerta trazido por Antonio Martín Gómez tem relação com o controle político, cuja lógica da maioria-minoria se torna mais complexa e tormentosa no caso de entes territoriais compostos, a exemplo do que ocorre na Europa, pois a articulação multinível dos sistemas de controle impõe desafios de coordenação, cooperação e colaboração entre organizações e instituições, desafios que são próprios do exercício de poder político em marcos territoriais complexos.

No Brasil, observamos a contribuição da governança multinível no processo de desenvolvimento regional em territórios fronteiriços, especialmente com o advento da Lei Federal nº 11.107/2005, que permitiu a associação dos entes federados na formação de consórcios públicos²², figuras jurídicas pautadas

20 BAUMAN, Zygmunt. **Europa**: uma aventura inacabada. Rio de Janeiro, 2006.

21 ARAGÃO, Alexandra. A Governança na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida? In: **Colóquio Ibérico**: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 105.

22 Consórcio público consiste na união entre dois ou mais entes da federação, sem fins lucrativos e de forma voluntária, com a finalidade de prestar serviços e desenvolver ações conjuntas que visem o interesse coletivo e benefícios públicos. A gestão associada de serviços públicos e a sua execução por meio de consórcios públicos são previstas no art. 241 da Constituição Federal, o qual estabelece:

“Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os

no federalismo cooperativo, na subsidiariedade e no fortalecimento de instâncias locais e regionais, à medida em que viabilizam ações de cooperação técnica e financeira entre os entes federados para desenvolvimento de projetos, obras, serviços e outras ações destinadas a mapear conjuntamente demandas, eleger prioridades, prestar assistência, encaminhar pleitos de solicitação de recursos e controlar ações governamentais. Os consórcios públicos também podem significar um espaço relevante de diálogo e de fortalecimento da relação entre o poder público e as organizações da sociedade civil, como sustentam autores como Pedro Durão (2015)²³ e Marcelo Harger (2007)²⁴.

No contexto brasileiro, verificamos que a formação de consórcios públicos entre os entes federativos de vários níveis de governo tem significado melhoria nas relações intergovernamentais no contexto federativo (União, Estados e Municípios) e aumento da inserção democrática de atores não governamentais nas tomadas de decisão, especialmente nas regiões de fronteira entre municípios. Isso demonstra, no nosso entender, aspectos positivos da descentralização do exercício de poder e da multiplicidade de espaços políticos em que são formuladas decisões, potencializando a governabilidade, o consenso e a capacidade de executar políticas públicas voltadas para o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

3 CONCLUSÃO

Antonio Martín Gómez conclui a pesquisa exposta em seu livro *La gobernanza multinivel del gasto público europeo* sugerindo que é preciso, para efetivar a governança multinível, reinserir na vocação das instâncias jurídicas de controle o respeito aos poderes públicos e aos valores constitucionais, operando em uma concepção aberta da sociedade, na qual as linhas de separação entre o público e o privado não sejam tão nítidas, e em que o poder seja exercido

consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos."

Visando dar execução ao art. 241 da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 11.107/05, que por sua vez dispõe sobre as normas gerais de contratação de consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum dos entes federados, que deverão ser observadas na instituição e regulamentação. As normas de contratação se aplicam neste caso pelo fato do consórcio público constituir pessoa jurídica própria, sob a forma de associação de direito público ou privado, cuja constituição resulta da contratualização conjunta dos objetos, das cláusulas de organização e funcionamento, das competências delegadas e dos direitos e obrigações que cada ente consorciado assume com a mesma.

23 DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Públicos**: gestão, teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2015.

24 HARGER, Marcelo. **Consórcios públicos na Lei nº 11.107/05**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

não só na esfera pública, mas a partir de âmbitos sociais ou privados, e se projete não só na escala nacional, mas também internacional, transnacional e regional. Essas reflexões são muito adequadas quando se analisa o controle do gasto público.

Portanto, trata-se, como demonstrado, de leitura obrigatória para quem pretende aprofundar-se na temática conceitual da governança dos gastos públicos ou, especificamente, para aqueles que procuram entender a situação da governança multinível do gasto público europeu. É essencial também para aqueles que estudam, no Brasil, a função estratégica dos consórcios públicos quanto à subsidiariedade, às múltiplas competências, à assimetria e à cooperação dos entes federados em relação às disparidades dos aspectos sociais, econômicos e culturais que caracterizam as mais variadas formas de desequilíbrios regionais e intrarregionais.

4 REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandra. A Governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida? *In: Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 105.

BAUMAN, Zygmunt. **Europa: uma aventura inacabada**. Rio de Janeiro: Jorge ZAHAR Editor, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial para avaliação da governança do Centro de Governo**. Brasília, DF: Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **O Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano**. Lisboa: Centro de Estudos e Formação da Organização das Instituições Superiores de Controle da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, 2008.

COSTA, Paulo Nogueira da. **O Tribunal de Contas e a boa governança**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CUNHA, Rosani Evangelista. **Federalismo e relações intergovernamentais: os consórcios públicos como instrumento de cooperação federativa**. IX Congresso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado de La Administración Pública, Madrid, Espanha, 2-5, nov., 2004.

DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Públicos: gestão, teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2015.

GÓMEZ, Antonio Martín Porras. **La gobernanza multinivel del gasto público europeo**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, 410p. ISBN 978-84-259-1649-6.

HARGER, Marcelo. **Consórcios públicos na Lei nº 11.107/05**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HEALEY, Patsy. Transforming governance: Challenges of institutional adaptation and a new politics of space. **European Planning Studies**, v. 14, n. 3, 2006.

KETTL, Donald. **The Transformation of Governance: Public Administration for Twenty-First Century America**. Baltimore: John Hopkins University Press, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA JÚNIOR, J. L. Território consorcial: o enfrentamento das desigualdades regionais e a fomentação de políticas públicas por meio de consórcio de municípios. *In: IX CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA*, 2016, Brasília.

ONU. What is Good Governance? Comissão Econômica e Social para Ásia e Pacífico. Disponível em: <https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

PEREIRA, Margarida. Governança territorial multinível em Portugal: fratura(s) entre teoria e prática(s). **DRd – Desenvolvimento Regional em debate**, Canoinhas, v. 4, n. 2, p. 4-20, jul./dez. 2014.

RAVANELLI, Paula. Consórcios Públicos: os desafios do fortalecimento de mecanismos de cooperação e colaboração entre os entes federados. *In: III CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA*, 2010, Brasília, 2010.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REIS, Regina Célia. **Alternativa Política no Contexto Federativo: integração regional no ABC paulista**. São Paulo: Blucher Acadêmico, 2008.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Coimbra: Almedina, 2009.

INAPLICABILIDADE DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL

INAPPLICABILITY OF THE INCIDENT OF PIERCING THE CORPORATE VEIL IN THE TAX EXECUTION

Helton Kramer Lustoza¹

RESUMO: Esta pesquisa foi realizada com o objetivo de solucionar a seguinte questão: é obrigatória a utilização do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal? Para isso, foi necessário buscar entender os fundamentos da atuação da Advocacia Pública na fase de execução fiscal, mais especificamente, a utilização do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e sua obrigatoriedade frente às disposições especiais da Lei nº 6830/80. Sabe-se que a execução visa concretizar o comando contido no título judicial ou extrajudicial, por haver um descumprimento de uma obrigação pelo devedor. A execução fiscal, por sua vez, se trata de um procedimento especial que a Fazenda Pública utiliza para a cobrança de seus créditos, tributários e não tributários, sendo que seu procedimento está disciplinado na Lei nº 6830/80, aplicando subsidiariamente as normas do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Incidente. Processo Civil. Execução Fiscal. Princípios. Contraditório.

Recebido em: 21/03/2019 **Aceito em:** 29/05/2019

ABSTRACT: This research was carried out with the objective to solve the following question: is it mandatory to use the incident of piercing the corporate veil in tax execution? To do so, it was necessary to seek to understand the fundamentals of the Public Advocacy activity in the tax execution phase, more specifically, the use of the incident of piercing the corporate veil and its obligatoriness in view of the special provisions of Law No. 6830/80. It is known that the execution is aimed at materializing the command contained in the judicial or extrajudicial title, because there is a breach of an obligation by the debtor. The tax execution, in turn, is a special procedure used by the Public

1 Procurador do Estado do Paraná; Procurador do Município de São José dos Pinhais (2009/2016); Mestre em Direito Constitucional pela Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL), com estudos na Universidade Federal do Paraná (UFPR); especialista em Direito Tributário; Graduado em Direito pela Universidade Positivo; Vice-Presidente do Conselho de Contribuintes Municipal (2011-2014); Professor dos cursos da pós-graduação da Universidade Positivo, Universidade Paranaense (Unipar) e Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst); Presidente da Comissão da Advocacia Pública da OAB-PR – Subseção de Umuarama; Autor do livro *Advocacia Pública em Ação*, pela editora JusPodivm (4. ed.); Coautor do livro *Tributos em espécie*, pela editora JusPodivm (3. ed.) e autor do livro *Eficiência Administrativa e Ativismo judicial*, pela editora Ithala. E-mail: helton.lustoza@uol.com.br.

Treasury for collection of its tax and non-tax credits, and its procedure is regulated by Law No. 6830/80, subsidiarily applying the rules of the Civil Procedure Code.

Keywords: Incident. Civil Procedure. Tax Execution. Principles. Contradictory.

Received in: 03/21/2019 **Approved in:** 05/29/2019

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa abordar a atuação da Advocacia Pública na fase de execução fiscal, tendo por objetivo analisar a utilização do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e sua obrigatoriedade frente às disposições especiais da Lei nº 6830/80.

A finalidade da execução é concretizar materialmente o comando contido no título judicial ou extrajudicial. Assim, a execução é resultante da Ação e se origina da ausência de cumprimento de uma obrigação pelo devedor. Por sua vez, a Execução Fiscal é um procedimento especial que a Fazenda Pública utiliza para a cobrança de seus créditos, tributários e não tributários, sendo que seu procedimento está disciplinado na Lei nº 6830/80, aplicando subsidiariamente as normas do Código de Processo Civil.

Ocorre que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inúmeras regras novas aplicáveis ao procedimento da execução fiscal, sem desrespeitar as legislações especiais esparsas. Entre as novidades do CPC de 2015, se encontra a obrigatoriedade de utilizar o incidente para a desconconsideração da personalidade jurídica, conforme previsto no art. 133.

É importante salientar que o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 9º, disciplina que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, vedando a chamada decisão-surpresa. Significa que a legislação processual valorizou o contraditório, inclusive no processo de execução, sendo que, embora não haja previsão específica de defesa do executado (exceto Embargos de Devedor), não significa que não haja este direito.

A partir dessas premissas, a pesquisa visa solucionar a seguinte questão: é obrigatória a utilização do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal? A descoberta de caminhos que indiquem com segurança a aplicabilidade desse incidente na execução fiscal é essencial para um entendimento correto sobre a legislação processual civil sem desrespeitar os princípios constitucionais, como o contraditório, ampla defesa e efetividade processual.

Isso revela mais uma possível incompatibilidade entre os procedimentos, o que justifica a pesquisa dos fundamentos da aplicação dos arts. 133 e seguintes do CPC em um procedimento específico, como a execução fiscal.

2 INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CPC DE 2015

A legislação processual civil é muito clara em diferenciar o patrimônio do sócio do capital social que compõe a pessoa jurídica, em respeito ao princípio da autonomia patrimonial. De modo que a formação da pessoa jurídica, com o devido registro público junto aos órgãos competentes, nos termos do art. 45 do Código Civil, lhe garante a autonomia patrimonial em relação aos sócios que a compõe.

O princípio da autonomia patrimonial, previsto no art. 1024 do Código Civil, é um instrumento que garante a utilidade e a importância da existência da pessoa jurídica, na medida em que garante a limitação da responsabilidade dos sócios. Tanto é assim que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue no sentido de que a pessoa jurídica não possui legitimidade para interpor recurso em face da decisão que determinou a desconsideração da personalidade jurídica². Isso ocorre porque, em alguns casos, a personalidade jurídica pode ser utilizada como forma de desviar-se de sua natureza e de suas finalidades, servindo para ocultar atividades escusas. A responsabilidade dos sócios, ocorrida através da chamada desconsideração da personalidade jurídica, tem o objetivo de evitar que os representantes legais da sociedade utilizem a empresa como escudo para acobertar fraudes patrimoniais.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, poderia ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica sem a necessidade de intimação ou citação da parte contrária, situação que não obrigava obediência ao princípio do contraditório. Prevalencia a argumentação de que não havia a presença do princípio do contraditório durante o processo de execução, ou seja, seu exercício deveria ocorrer posteriormente por meio de procedimento próprio, como os Embargos à Execução ou Impugnação. Ocorre que se notou a necessidade de permitir o exercício do contraditório em algumas fases da execução, como no momento dos bens penhorados, avaliação dos bens, etc.

Assim, com a inauguração da nova legislação processual de 2015, entre as intervenções de terceiros previstas na legislação, foi inserido o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, visando assegurar o contraditório

2 AgInt no REsp 1625563/MG. (QUARTA TURMA). Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 16/05/2017, DJe 19/05/2017.

em momento em prévio à inclusão do terceiro no polo passivo da execução. Era uma tentativa de garantir que houvesse uma “participação que se deve dar ao réu para que ele possa efetivamente influir sobre o juízo e evitar que a sua esfera jurídica seja invadida de forma não adequada ou necessária”³.

O que se percebe foi o esforço do Código de Processo Civil de 2015 em reafirmar a importância e o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo judicial, sendo que o art. 9º deixou claro que o magistrado não proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. A ideia é zelar pelo princípio do contraditório na sua esfera material, na qual deve se garantir a efetiva possibilidade de alterar o convencimento do juiz. O art. 10 do CPC de 2015 foi além, ao garantir defesa contra as chamadas “decisões surpresa”:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Em uma primeira visão, o princípio do contraditório poderia ser entendido como um objetivo formal do processo, desconsiderando a participação ativa do juiz, apenas se contentando com a participação das partes em juízo. Sobre a obrigatoriedade da prévia manifestação das partes, Elpídio Donizetti (2016) leciona que:

em razão da garantia fundamental ao contraditório, deve o magistrado possibilitar a prévia manifestação das partes sobre a questão a ser decidida, ainda que se trate daquelas que pode decidir de ofício, para só posteriormente proferir sua decisão⁴.

Nesses termos, a legislação processual civil de 2015 ampliou consideravelmente a garantia do contraditório nas mais diversas formas, especialmente para evitar que as partes sejam surpreendidas com decisões surpresas no decorrer no processo. Assim é o entendimento de Marcelo José Magalhães Bonício (2016):

O novo CPC caminha nesse sentido ao exigir que o juiz sempre ouça as partes antes de decidir, mesmo quando se tratar de matéria de ordem pública,

3 MARINONI, Luiz Guilherme. et al. Novo curso de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 01, p. 353, 2015.

4 DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 46.

conforme consta em seu art. 10, que é aplicável a todos os momentos do processo, inclusive aos atos praticados durante a execução⁵.

Desse modo, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem como objetivo redirecionar a tutela jurisdicional em face dos sócios que tenham utilizado a pessoa jurídica como meio para praticar atos em desrespeito aos requisitos legais. Por essa razão, a legislação processual autoriza, em caráter excepcional, que a obrigação possa ser estendida em face de um terceiro não incluído originalmente no título executivo.

Compartilhando desse entendimento, Christian Garcia Vieira (2016) explica a importância da criação do incidente como meio de reafirmar a presença do prévio contraditório, sob pena de ofensa ao princípio da autonomia patrimonial:

Não há como negar a utilidade de se definirem regras procedimentais mínimas para que os requisitos da desconsideração possam ser aplicados, afinal, em decorrência do uso desenfreado e cada vez mais frequente, chegou-se a cogitar, de forma concreta e fundamentada, que não mais persistiria, o instituto da responsabilidade limitada⁶.

Conforme bem observado pela doutrina, pode-se notar que a desconsideração da personalidade jurídica ocorria com base em uma diversidade de entendimentos jurisprudenciais oscilantes no tocante à sua aplicação, o que motivava a necessidade da consolidação de um procedimento específico pela legislação processual. Não existia na legislação processual de 1973 uma definição clara e segura sobre os critérios que deveriam ser preenchidos para resguardar os direitos processuais, a fim de haver o afastamento da personalidade jurídica.

Com o objetivo de solucionar esse problema, o Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir o contraditório sem enfraquecer a efetividade dos atos constritivos, previu a utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no art. 133.

Para Cassio Scarpinella Bueno (2012), a disciplina do incidente representou “enorme avanço legislativo que permite o atingimento de um resultado satisfatório nas perspectivas (e exigências) do direito material e do direito

5 BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 103.

6 VIEIRA, Christian Garcia. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 47.

processual”⁷. Em outras palavras, essa normatização visou aprimorar o contraditório nesse contexto, de forma a viabilizar o atendimento ao princípio da não surpresa.

Em linhas gerais, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica passa a ser um procedimento obrigatório para inclusão do terceiro no polo passivo de uma execução, não significando a necessidade da abertura de uma ação autônoma, mas sim um procedimento incidente. O pedido pode vir na própria petição inicial, situação em que o sócio ou a sociedade serão concomitantemente citados e incluídos como réus no processo. Mas também será possível – que acredita ser o mais comum – haver um pedido incidental para instauração do incidente do art. 133 e seguintes do CPC.

Apesar da ausência de previsão específica, entende Arruda Alvim (2016) que, no caso de não apresentação de defesa pelo terceiro, serão aplicados os efeitos materiais da revelia, inclusive sendo considerados como verdadeiros os fatos afirmados no requerimento de desconconsideração⁸.

A lide estará circunscrita aos pressupostos legais da desconconsideração, sendo que sobre esses pontos poderá haver a instrução do incidente. Nesse caso, o juiz não irá decidir a questão baseando-se somente em mera plausibilidade, mas poderá determinar a produção de provas que demonstrem ou não a ocorrência dos fundamentos do pedido incidental. Esse é o entendimento de Elpídio Donizetti (2016): “Se o juiz considerar suficientes as provas trazidas aos autos, julgará o incidente por decisão interlocutória. Caso contrário, deverá aguardar a conclusão da instrução para decidir sobre a desconconsideração”⁹.

Nesses termos, no requerimento, em regra, deverá a parte interessada demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais da desconconsideração. Não havendo essa demonstração, as partes poderão produzir as provas que entenderem pertinentes para solucionar a lide¹⁰. Ao final, o incidente de desconconsideração será julgado através de uma decisão interlocutória (art. 136 CPC).

7 Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. Desconconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo código de processo civil. In: Gilberto Gomes Bruschi et al. (coord.). **Direito Processual Empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças**. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus Jurídico, 2012, p. 120.

8 Cf. ALVIM, Arruda. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112.

9 DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 335.

10 Cf. ALVIM, Arruda. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.

A polêmica centra-se no fato de que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica irá solucionar as celeumas que se referem à falta de sistematização do instituto processual, que ocorria anteriormente. Contudo, esse novo procedimento, se por um lado fornecerá segurança jurídica, poderá também ocasionar a perda de agilidade e efetividade do processo executivo.

3 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE E A INAPLICABILIDADE DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL

A fase de execução é a maneira que o credor utiliza para satisfazer um crédito que possui em face do devedor, o que, segundo Cândido Rangel Dinamarco (2001), pode ser entendido como: “executar é dar efetividade a execução”¹¹. Por sua vez, a Execução Fiscal é o procedimento especial utilizado para cobrança judicial da dívida ativa da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias. Seu procedimento está disciplinado na Lei nº 6830/80, a qual prevê os requisitos e formas especiais de alcançar o patrimônio do executado, aplicando-se subsidiariamente as normas do Código de Processo Civil.

Assim sendo, em tese, no âmbito da execução fiscal, ocorrerão somente atos destinados à expropriação do patrimônio do executado, a fim de que seja satisfeita a pretensão fiscal. Não se trata de ação de conhecimento, por isso não há produção de provas, visto que a Fazenda produz sua prova extrajudicialmente, que é a certidão extraída do livro de dívida ativa.

Em linhas gerais, a regulamentação do procedimento feita pela Lei de Execução fiscal atende ao princípio da economia processual e da efetividade da execução, na medida em que, reduzindo algumas exigências da petição inicial, impede a desnecessária conclusão dos autos ao juiz. Quando a Lei de Execução Fiscal for omissa, ou, ainda, quando eventualmente algum instituto for obsoleto, por serem incompatíveis com a sistemática geral das execuções, serão aplicadas as regras do Código de Processo Civil¹².

É evidente que o processo de execução fiscal possui a finalidade de garantir o pagamento do crédito executado, ou seja, como bem afirmou o prof. Cândido Dinamarco (2001), efetivar a execução. Por isso, afirma-se que

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31.

12 Cf. MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 627.

o princípio da efetividade rege o processo executivo, demonstrando que a execução corre por interesse do credor, que, nesse caso, será a Fazenda Pública. Tanto é assim que Thiago Ferreira Siqueira (2016), citando o autor Marcelo Lima Guerra, defendeu a execução civil enquanto um direito fundamental do credor, devendo os órgãos jurisdicionais buscar a implementação da tutela executiva¹³.

Ocorre que, por outro lado, o devedor ou executado não pode ser constrangido a ponto de ocorrer o perecimento dos seus direitos ligados à dignidade da pessoa humana ou impedir com que a pessoa jurídica continue a exercer suas atividades econômicas. Por isso, o Código de Processo Civil de 2015 reafirmou a importância do princípio da menor onerosidade do devedor, materializado no art. 805, melhorando a redação que existia no art. 620 do antigo CPC.

Contudo, observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe um texto adaptado ao entendimento jurisprudencial, relativizando o princípio da menor onerosidade à vista do princípio da efetividade. Em outras palavras, a aplicação do princípio da menor onerosidade pressupõe a existência de duas ou mais escolhas de meios para satisfazer o crédito. A opção menos gravosa não pode representar um caminho ineficaz da tutela executiva, pois, caso contrário, estaria desconsiderando os direitos do credor e a própria lógica do processo executivo. Assim leciona o prof. Luiz Guilherme Marinoni (2016):

Obviamente, o juiz não pode preferir técnica processual inidônea, ou menos idônea que outra também disponível para a realização do direito do exequente, a pretexto de aplicar o art. 805, CPC. A execução realiza-se no interesse do exequente, que tem direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva¹⁴.

Nessa linha, o princípio da máxima efetividade permanece no ordenamento jurídico como impulsionador do processo executivo/fase executiva, com o fim de atingir atos eficientes na satisfação do direito do credor, o que será contrabalanceado pelo princípio da menor onerosidade, a qual garantirá, na medida do possível, um meio de proteção do executado.

Ressalte-se, por fim, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o princípio da menor onerosidade é perfeitamente

13 SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 127.

14 MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p. 877.

aplicável à execução fiscal¹⁵. Mas atente-se que não se pode invocar genericamente a proteção do princípio da menor onerosidade sem ter elementos certos e seguros de que realmente a constrição irá gerar um prejuízo jurídico para o devedor¹⁶.

Está claro que o devedor não poderá, injustificadamente, impedir que a execução incida sobre seu patrimônio, uma vez que o exequente tem o direito de ter uma execução mais rápida e efetiva. Qualquer situação que cause um prejuízo desnecessário e desproporcional deverá ser cabalmente comprovada pelo executado.

Na prática processual é muito comum a Fazenda Pública buscar a responsabilização pessoal do administrador da pessoa jurídica, nos termos do art. 135 do CTN, quando não encontrar nenhum bem penhorável da empresa. Por exemplo, nos casos em que a empresa deixa de funcionar no endereço correto sem a devida baixa da pessoa jurídica, o que autoriza a responsabilização pessoal do administrador, nos termos da Súmula n. 435 do Superior Tribunal de Justiça.

O Código Tributário Nacional estabelece uma série de responsabilidades, sendo aquela que redireciona a execução em face dos bens pessoais dos sócios a que mais gera polêmicas. Sua delimitação e alcance merecem cuidadoso exame, posto que poderão interferir diretamente no direito patrimonial dos sócios e/ou administrador da pessoa jurídica¹⁷, conforme disciplinado pelo art. 135 do Código Tributário Nacional.

Ocorre que, para haver a configuração dessa responsabilidade tributária, é necessária a comprovação da prática de ato que tenha infringido a lei, contrato social ou estatuto de uma sociedade. Nota-se que o redirecionamento tem início com o requerimento realizado pela Fazenda Pública exequente, apontando as razões jurídicas para incluir o terceiro no polo passivo. Essas razões anunciadas representam o ônus probatório da Fazenda Pública em demonstrar as hipóteses previstas no art. 135 do CTN. Leandro Paulsen (2015) define que “a responsabilidade de que cuida o art. 135, III do CTN, pressupõe uma situação grave de descumprimento da lei, do contrato social ou dos estatutos

15 BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 848.729/MG. (QUARTA TURMA). Rel. Ministro RAUL ARAÚJO. Julgado em 08/03/2016, Dje 17/03/2016.

16 STJ, Resp 1.337.790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN. Julgado sob a sistemática do art. 543-C do CPC, Dje de 07/10/2013,

17 Cf. MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 585.

em ato do qual decorra a obrigação tributária objeto da responsabilidade, daí por que é pessoal do sócio-gerente”¹⁸.

O problema encontrado é que o art. 133 e seguintes do CPC exige que a desconsideração da personalidade jurídica somente possa ocorrer através de um incidente processual, com a garantia do contraditório e ampla defesa.

Atualmente, a obrigatoriedade da utilização do incidente de personalidade jurídica na execução fiscal é extremamente polêmica. De um lado, a doutrina se posicionou no sentido da aplicação obrigatória do incidente na execução fiscal, conforme leciona Leonardo Carneiro da Cunha (2016):

Até mesmo no âmbito dos Juizados Especiais é cabível o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (CPC, art. 1062), não havendo razão plausível que o afaste da execução fiscal. Não é razoável sustentar que, na execução fiscal, o terceiro possivelmente responsável não tem direito ao contraditório. A finalidade do incidente é exatamente esta: assegurar o contraditório ao terceiro que possa vir a ser responsabilizado e passar a sofrer a constrição judicial futura¹⁹.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inúmeras regras novas aplicáveis ao procedimento da execução e cumprimento de sentença. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica talvez seja uma das matérias que mais irão gerar controvérsias.

As razões de criação do instituto, conforme explorado anteriormente, se deve a existência de diversidade de entendimentos jurisprudenciais oscilantes no tocante à sua aplicação, o que motivava a ausência de consolidação de um procedimento específico pela legislação processual. Com o objetivo de solucionar esse problema, o Código de Processo Civil de 2015 previu a utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica direcionado a garantir o contraditório²⁰.

Nesses termos, a corrente doutrinária que defende a obrigatoriedade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal se apega ao argumento de que deve haver uma prevalência do princípio do

18 PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 199.

19 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 411.

20 BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. **Fraudes patrimoniais e desconsideração da personalidade jurídica no código de processo civil de 2015**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 159.

contraditório sobre a eficiência do processo. Assim defende Christian Garcia Vieira (2016):

Há, com isso, um equilíbrio entre princípios (contraditório – celeridade – eficiência), pois, entre a segurança jurídica e a celeridade, entre a efetividade e o devido processo legal, o incidente de desconsideração adotou, de forma correta e irrepreensível, dose maior de segurança jurídica e observância do devido processo legal, sem que isso tenha refletido de forma negativa na eficiência do processo²¹.

É evidente que esse incidente tem por objetivo privilegiar o princípio do contraditório nesse contexto, de forma a viabilizar o atendimento ao princípio da não surpresa. Dentro da regra da nova legislação processual civil, o incidente de desconsideração passa a ser um procedimento obrigatório para inclusão do terceiro no polo passivo de uma execução. Em outras palavras, salvo se requerido na Petição Inicial, a desconsideração da personalidade jurídica deverá ocorrer necessariamente através do incidente, conforme previsto no art. 795 do CPC.

Dentro dessa linha de argumentação, Leonardo Carneiro da Cunha defende a impossibilidade de afastar a obrigatoriedade da utilização do incidente para redirecionamento no processo de execução fiscal, afirmando que “Não é possível simplesmente redirecionar uma execução sem que sejam apurados os elementos subjetivos da responsabilidade, assegurados o contraditório e a ampla defesa”²².

Com a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o processo originário será automaticamente suspenso até ulterior decisão definitiva. A análise judicial recairá sobre os pressupostos legais da desconsideração, sendo que sobre esses pontos poderá haver a instrução do incidente. Nesse caso, o juiz poderá determinar a produção de provas que demonstrem ou não a ocorrência dos fundamentos do pedido incidental. Pois nessa situação, não se trata de fatos ocorridos no processo originário, mas sim “haverá a necessidade de um novo processo, com a formação de uma nova e ampliada (subjetiva e objetivamente) relação jurídico processual, mediante a citação de terceiros à demanda original”²³.

21 VIEIRA, Christian Garcia. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 78.

22 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 413.

23 VIEIRA, Christian Garcia. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 89.

Assim, o incidente será um procedimento paralelo, destinado a resolver uma questão pendente e fundamental para o processo originário. Nessa mesma linha lecionou Cândido Rangel Dinamarco (1987): "...processo incidente é processo novo, outro processo, que tem vida em função do primeiro, que produzirá sentença destinada a projetar efeitos sobre ele, mas sempre será um processo em si mesmo"²⁴.

Por outro lado, formou-se uma segunda corrente doutrinária que compreendeu que o procedimento da execução fiscal é absolutamente incompatível com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regrado pelo CPC, em razão do princípio da especialidade. De acordo com esse princípio, a norma geral somente deve ser aplicada em um procedimento regido por regras especiais, quando não houver conflito entre os regramentos.

É premissa fundamental da execução fiscal que a garantia do juízo é pressuposto para a realização de qualquer atividade de cognição acerca do título executivo, bem como para a suspensão do processo. É certo que a exceção de pré-executividade exclui a primeira regra, mas não se deve ignorar que se trata de um incidente de cognição bastante limitada, que tem como característica fundamental não admitir dilação probatória, além de não implicar em suspensão da prática de atos executivos.

Ocorre que o art. 134, § 3º, do CPC, prevê expressamente a suspensão do processo com a instauração do incidente de desconsideração, sendo que na execução fiscal essa suspensão somente pode ocorrer com a garantia do juízo. Portanto, admitir a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao procedimento da execução fiscal implicaria em aceitar uma hipótese de suspensão do procedimento executivo sem garantia do juízo, subvertendo-se a lógica do sistema.

Além de ir de encontro a toda a sistemática da Lei de Execução Fiscal, que pressupõe a garantia do juízo para instauração de cognição no bojo da execução, a aplicação do incidente criaria uma absurda hipótese de suspensão do processo sem a correspondente suspensão da prescrição do crédito tributário, gerando um claro risco de prescrição tributária.

De fato, é sabido que as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário devem vir previstas em lei complementar, conforme dispõe o art. 146, III, b, da Constituição Federal. O que significa que o Código de Processo Civil – sendo uma lei ordinária – não poderia criar uma hipótese

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 172/173.

de suspensão do processo que representasse suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Outro aspecto que reforça o argumento da inaplicabilidade procedimental do incidente às execuções fiscais é a possibilidade de ampla instrução probatória no incidente. Como visto, a produção de provas no curso da execução fiscal somente pode ocorrer em sede de embargos à execução, conforme dispõe o § 2º do art. 16 da Lei de Execução Fiscal. Já o incidente de desconsideração da personalidade jurídica permite a instauração de verdadeira fase instrutória, como um processo de conhecimento comum (arts. 135 e 136 do CPC). Afinal, a aplicação dos arts. 133 e seguintes do CPC criaria um incidente cognitivo com irrestrita produção probatória, não previsto nas regras especiais da Lei de Execução Fiscal, e até indo de encontro a esse regramento, que pressupõe a garantia do juízo para a realização de atividades cognitivas e instrutórias.

É pelas razões expostas acima que diversas instituições de magistrados já vêm se manifestando pela inaplicabilidade do referido incidente à execução fiscal. Com efeito, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) editou diversos enunciados acerca da aplicação do Novo Código de Processo Civil, entre os quais se destaca o de número 53: “Enunciado n. 53/Enfam: O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.”²⁵

Conclusão semelhante foi alcançada pelo Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (Forexec), do qual participaram juízes atuantes nas varas federais de execuções fiscais do Rio de Janeiro e Espírito Santo. Vale conferir o enunciado nº 6 do Fórum²⁶:

Enunciado n. 6/Forexec: A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015.

Esses enunciados orientativos, fixados após algumas reflexões e debates, demonstram que prevaleceu o entendimento de que o incidente não teria aplicação no redirecionamento da execução fiscal na responsabilidade tributária do art. 135 do CTN, pois este não se confundiria com a desconsideração

25 Enfam divulga 62 enunciados sobre a aplicação do novo CPC. **Enfam**, Brasília, set. 2015. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>. Acesso em: 04 ago. 2016.

26 Fórum divulga enunciados referentes ao impacto do novo CPC sobre execução fiscal. **Enfam**, Brasília, out. 2015. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/2015/10/forum-divulga-enunciados-referentes-ao-impacto-do-novo-cpc-sobre-execucao-fiscal/>. Acesso em: 04 ago. 2016.

da personalidade jurídica. Afinal, a responsabilidade tributária dos sócios, prevista pelo art. 135 do CTN, por ser subjetiva, pessoal e direta, não é caso de desconsideração.

Acompanhando tais entendimentos, percebe-se que os julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também caminham no sentido de fazer uma diferenciação entre o redirecionamento da execução fiscal e a desconsideração da personalidade jurídica²⁷. Esse também foi o entendimento seguido em vários julgamentos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Rio Grande do Sul²⁸.

Parece que esse entendimento está se consolidando na esfera dos Tribunais de Segunda Instância, de modo que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região também já uniformizou entre as Turmas que tratam da matéria fiscal a inaplicabilidade desse incidente na Execução Fiscal²⁹. Nesse sentido, aliás, há o enunciado da súmula 112 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

SÚMULA 112: A responsabilização dos sócios fundada na dissolução irregular da pessoa jurídica (art. 135 do CTN) prescinde de decretação da desconsideração de personalidade jurídica da empresa e, por conseguinte, inaplicável o incidente processual previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/15.

Analisando os debates doutrinários e jurisprudenciais, nota-se uma discussão acerca da incompatibilidade do incidente no processo de execução fiscal, comprometendo, principalmente, a especialidade e celeridade processual da sistemática executiva.

No julgado do Recurso 1642062-3 no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o Desembargador Relator José Sebastião Fagundes Cunha fez uma interessante diferenciação entre a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização pessoal do art. 135 do CTN:

Além do mais, cumpre observar que o pedido de redirecionamento da execução fiscal, não se confunde com o pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque, o redirecionamento da execução fiscal é

27 TJPR - 3ª C. Cível - AI - 1637893-5 - Toledo - Rel.: Sérgio Roberto N Rolanski - Unânime - J. 01.08.2017.

28 TJSP; Agravo de Instrumento 2115726-95.2017.8.26.0000; Relator (a): Erbeta Filho; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Municipais - Vara das Execuções Fiscais Municipais; Data do Julgamento: 04/08/2017; Data de Registro: 04/08/2017; TJ-RS Nº 70069646966 (Nº CNJ: 0174890-49.2016.8.21.7000).

29 TRF4, AG 5016360-77.2017.404.0000. (SEGUNDA TURMA). Relator Sebastião Ogê Muniz, juntado aos autos em 09/08/2017; TRF4, AG 5032640-60.2016.404.0000. (PRIMEIRA TURMA). Relator Jorge Antonio Maurique, juntado aos autos em 18/08/2016

requerido com base no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, que visa a responsabilização dos diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica de direito privado em relação aos créditos exequentes decorrentes de suas obrigações tributárias, sendo admitida somente nas hipóteses de “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

A jurisprudência, de uma forma geral, tem fixado um entendimento na separação conceitual e prática entre a responsabilidade tributária prevista no art. 135 do CTN e a desconsideração da personalidade jurídica, afastando a utilização do incidente no primeiro caso. Existem incompatibilidades que impossibilitam a aplicação desse incidente na execução fiscal, o que mostra que, para evitar incongruências, o entendimento que tem prevalecido seria o de defender a aplicação do regime jurídico da lei especial (Lei de Execução Fiscal), em detrimento do Código de Processo Civil. Esse posicionamento também se encontra no Enunciado 229 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal³⁰ e enunciado 06 do I Fórum Nacional de Execução Fiscal (FOREXEC)³¹.

Dessa forma, apesar dos argumentos das duas correntes, ainda é muito prematuro afirmar qual delas prevalecerá, tendo em vista uma disputa acirrada entre posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Até porque o Superior Tribunal de Justiça, que deverá pacificar a matéria, até o presente momento não se pronunciou de forma definitiva e específica sobre a aplicabilidade do incidente na execução fiscal.

Mesmo assim, é possível correlacionar vários argumentos muito fortes que impedem a harmonia do sistema quando da aplicação do incidente na execução fiscal. Um ponto incontroverso é que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica proposto pelo Código de Processo Civil de 2015 compreende nova demanda, com o propósito de ampliar o objeto do litígio³². Ocorre que essa discussão, inquestionavelmente, irá ocasionar a paralisação e, conseqüentemente, uma morosidade em demasia do processo executivo

30 A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta.

31 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no artigo 133 do NCPC, não se aplica aos casos em que há pedido de inclusão de terceiros no polo passivo da execução fiscal de créditos tributários, com fundamento no art. 135 do CTN, desde que configurada a dissolução irregular da executada, nos termos da súmula 435 do STJ.

32 Cf. VIEIRA, Christian Garcia. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 107.

fiscal, na contramão da efetividade dos atos constritivos. Ainda que se tenha como argumento a segurança jurídica, o que não se pretende deixar de lado, a execução fiscal tem particularidades que devem ser levadas em conta em relação ao cumprimento de sentença/processo de execução, previsto no Código de Processo Civil de 2015.

Pode-se notar que a execução fiscal tem um regime bem diferenciado em relação ao processo executivo convencional, o que impede que os institutos da legislação processual civil geral sejam aplicados automaticamente, sem uma adaptação à realidade do procedimento.

Dessa forma, entende-se que os elementos mais fortes militam em favor da segunda corrente, na qual se demonstra a inaplicabilidade do instituto do incidente de desconideração da personalidade jurídica na execução fiscal. Entretanto, deixa-se consignado que não se defende a ausência do princípio do contraditório, que, em vista do art. 10 do CPC, exige manifestação prévia antes de qualquer decisão relevante para as partes, mas que não precisa necessariamente ocorrer através do incidente de desconideração da personalidade jurídica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe uma abordagem sobre a possibilidade do redirecionamento no âmbito da Execução Fiscal.

A Execução Fiscal é um procedimento utilizado pela Fazenda Pública em face dos devedores do crédito tributário que constam na Certidão de Dívida Ativa, que poderá ser o contribuinte e/ou responsáveis tributários. Mas também existem alguns casos em que, mesmo não constando o nome do responsável tributário na CDA, a execução pode ser redirecionada contra ele, por exemplo, a responsabilização nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional. Para isso, a Fazenda Pública deverá demonstrar a existência dos requisitos legais, como a demonstração que o administrador/sócio-gerente agiu com infração à lei, contrato social ou estatuto.

Ficou claro que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe várias regras novas aplicáveis ao procedimento da execução fiscal, mas devendo respeitar sua especialidade. Entre essas novidades, encontra-se a obrigatoriedade de utilizar o incidente para a desconideração da personalidade jurídica, prevista no art. 133 do CPC.

Inicialmente, trabalhou-se com os princípios aplicáveis ao processo de execução, como o contraditório, eficiência, devido processo legal, boa fé, entre outros. Assim, embora o art. 134 do CPC, disciplinando que “o incidente de

desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”, há divergência de sua aplicação na execução fiscal.

Foram apresentadas duas correntes doutrinárias, na qual a primeira defende que o incidente de desconsideração passa a ser um procedimento obrigatório para inclusão do terceiro no polo passivo de uma execução.

Assim, a execução fiscal tem um regime bem diferenciado em relação ao processo executivo convencional, o que impede que os institutos da legislação processual civil geral sejam aplicados automaticamente, sem uma adaptação à realidade do procedimento, ofendendo o princípio da adaptabilidade.

Dessa forma, entende-se que os elementos mais fortes militam em favor da segunda corrente, demonstrando a inaplicabilidade do instituto do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal. Nesse sentido, não se defende a ausência do princípio do contraditório, que, em vista do art. 10 do CPC, exige manifestação prévia antes de qualquer decisão relevante para as partes, mas que não precisa necessariamente ocorrer através do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

5 REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Teresa Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de Processo Civil**. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2016.

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *et al.* **Fraudes patrimoniais e desconsideração da personalidade jurídica no código de processo civil de 2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. v. 03. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. Desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo código de processo civil. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes *et al.* (coord.). **Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças**. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus Jurídico, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSES, Rafael Fiuza. Prescrição na execução fiscal: Possibilidade de sua arguição em sede de exceção de pré-executividade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 708, 13 jun. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6879>. Acesso em: 15 ago. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Podivm, 2010.

_____, Fredie. **Esboço de uma teoria da execução civil**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/esboco-de-uma-teoria-da-execucao-civil/>. Acesso em: 17 ago. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Redirecionamento da Execução Fiscal e Prescrição. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n° 181, p. 71/77, out. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *et al.* **Novo curso de Processo Civil**. v. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MARQUES, Leonardo Nunes; FUNKE, Haroldo. **A Responsabilidade dos Membros da Sociedade Limitada pelas Obrigações Tributárias e o novo Código Civil**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário, 2009.

MELO, Caroline. **Redirecionamento da execução fiscal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4919, 19 dez. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38827>. Acesso em: 15 ago. 2017.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **A execução fiscal e a administração pública dezessete anos de vigência da LEF. A lei de execução fiscal e a penhora administrativa atualidades sobre o Processo de Execução Fiscal e a Reforma Tributária**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4631. Acesso em: 15 jun. 2015.

VIEIRA, Christian Garcia. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2016.

QUEIROZ, Ricardo de Lima. **Incidente de desconsideração da PJ deve ser afastado em execução fiscal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/ricardo-queiroz-desconsideracao-pj-nao-cabe-execucao-fiscal>. Acesso em 04 ago. 2016.

A (IN)ADMISSIBILIDADE DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AVANÇO OU RETROCESSO?

A (IN)ADMISSIBILIDADE DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AVANÇO OU RETROCESSO?

Jorge Luís Ribeiro Filho¹

RESUMO: O presente artigo aborda a mudança de paradigma jurisprudencial ocorrida no Supremo Tribunal Federal, relativa à inadmissibilidade de *habeas corpus* ofertado como substitutivo de Recurso Ordinário. Ocorre que, por muitos anos, o STF, não obstante a previsão expressa de recurso próprio para reverter decisão denegatória de *habeas corpus* proferida pelos Tribunais, convalidou a possibilidade de impetração de novo *habeas corpus*, em detrimento da utilização da via recursal cabível à espécie. Todavia, recentemente, alegando acúmulo de “*habeas corpus* substitutivos de recurso”, o STF impulsionou uma verdadeira guinada judicial, consubstanciada na inadmissibilidade do *writ*, outrora recebido e processado em lugar do recurso próprio sem maiores obstáculos. Diante do novo cenário jurídico, torna-se imperiosa a análise acurada da extensão e profundidade dessa mudança de entendimento, notadamente pelo STF, tanto mais porque o processamento do *habeas corpus* é considerado, pela doutrina especializada, como mais célere e simplificado que o do Recurso Ordinário. Deve-se salientar, por oportuno, que a análise dessa variável (tempo de tramitação), sobretudo em matéria criminal, é da maior relevância, motivo pelo qual o postulado constitucional da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII) deve ter máxima efetividade.

Palavras-chave: *Habeas Corpus*. Inadmissibilidade. Efetividade.

Recebido em: 19/05/2019 **Aceito em:** 02/06/2019

1 Mestre em Educação pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Especialista em Direito Penal pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI/SC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professor do Departamento de Direito da Faculdade do Estado do Maranhão (FACEM) e do Instituto Florence de Ensino Superior (IFES). Diretor de Ensino da Escola Superior da Advocacia (OAB/MA). Advogado Criminalista e Consultor Jurídico. Foi Pesquisador do Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da Universidade Federal do Maranhão (2008-2011) e Vice-Presidente da Comissão de Política Criminal e Penitenciária da OAB/MA (2016-2018). E-mail: jorgeribeiroadvocacia@gmail.com.

ABSTRACT: This article deals with the paradigm shift in jurisprudence that occurred in the Federal Supreme Court (STF) regarding the inadmissibility of *habeas corpus* as a substitute for an Ordinary Appeal. For many years, STF, although there is an express provision of own recourse to revoke a denial decision of *habeas corpus* handed down by the Courts, validated the possibility of impetration of a new *habeas corpus*, to the detriment of the use of an appeal route applicable to the specie. However, recently, alleging an accumulation of “*habeas corpus* filed in place of the appeal”, STF prompted a real change of judicial understanding, consubstantiated in the inadmissibility of the writ, which used to be received and processed without major obstacles. In view of this new legal scenario, it is imperative to accurately analyze the extent and depth of this change of understanding, notably by the STF, especially because the processing of *habeas corpus* is considered, by specialized doctrine, faster and simpler than that of the Ordinary Appeal. We should point out that the analysis of this variable (processing time), especially in criminal matters, is of the greatest importance, which is why the constitutional postulate of the reasonable length of the process (Article 5, subsection LXXVIII) should have maximum effectiveness.

Keywords: *Habeas Corpus*. Inadmissibility. Effectiveness.

Received in: 05/19/2019 **Approved in:** 06/02/2019

1 INTRODUÇÃO

Por muitos anos, o Supremo Tribunal Federal, não obstante a previsão expressa de recurso cabível para impugnar decisão denegatória de *habeas corpus* proferida pelos Tribunais (Recurso Ordinário Constitucional, também chamado de RHC), convalidou a possibilidade de impetração de nova ordem de *habeas corpus*, direcionada à Corte Judicial imediatamente superior.

Ocorre que, recentemente, sob a alegação de acúmulo de “*habeas corpus* substitutivos”, o STF impulsionou uma verdadeira mudança de paradigma jurisprudencial, consubstanciada na inadmissibilidade do *writ*, outrora recebido e processado em lugar do recurso ordinário constitucional sem maiores obstáculos.

Pode-se considerar, como marco propulsor dessa virada jurisprudencial, o posicionamento adotado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual, quando do julgamento do HC nº 109.956, considerou inadequado o manejo de *habeas corpus* substitutivo de Recurso Ordinário Constitucional para questionar decisões denegatórias do *writ* proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e pelo Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

Diante dessa nova variável acrescentada à matéria, considerou-se oportuna a realização de análise acurada da extensão e profundidade dessa mudança de paradigma jurisprudencial, tanto mais porque o processamento do *habeas corpus* é considerado, pela doutrina melhor especializada, como mais

célere e simplificado que o do RHC e, sobretudo em matéria criminal, não se pode olvidar que o postulado constitucional da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII) deve ter máxima efetividade.

Nesse contexto, o presente artigo foi organizado obedecendo à seguinte ordem: preliminarmente, foram tecidas algumas considerações de ordem geral relacionadas ao *habeas corpus*, como: conceito do instituto, origem, inserção do mesmo no cenário legislativo nacional, natureza e processamento. Em seguida, o exame se voltou, especificamente, para o HC nº 109.956, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal sedimentou a tendência de considerar inadequado o manejo de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional para questionar decisões denegatórias de *habeas corpus*.

2 CONCEITO E ORIGEM DO HABEAS CORPUS

A expressão *habeas corpus*, quando transportada para o nosso idioma, remete à ideia de “corpo livre”. Sem nenhum exagero, pode-se afirmar que referida tradução literal antecipa o real objetivo da ação autônoma de impugnação em estudo, a qual possui a ativa missão de garantir um dos mais caros direitos fundamentais: a liberdade de locomoção. Sobre o uso dessa expressão latina para denominar o instituto, Adauto Suannes (1985, p. 28) ressalta:

Que significa *habeas-corpus*?

Naquela época (1215) o uso do latim nos documentos oficiais era comum. A própria Carta das Liberdades é conhecida até hoje pelo seu nome latino. E a expressão Magna Carta é hoje sinônimo de Constituição.

O mandado, a ordem que o tribunal concedia, começava com a expressão latina. Era dirigido à autoridade que tinha o preso em seu poder, determinando-lhe que exibisse o réu e seu caso ao juiz. “Ordeno que tomes (*habeas*) o corpo (*corpus*) desse detido e traga à corte.”

Daí a expressão latina, utilizada no mundo todo, para designar essa garantia relativa à liberdade humana.

Com efeito, sob o ponto de vista constitucional, a previsão de manejo dessa ação é um dos clássicos exemplos da relação simbiótica entre direitos (disposições declaratórias) e garantias (meios assecuratórios, com caráter eminentemente instrumental), porquanto a mesma estrutura jurídico-constitucional que elevou a liberdade de locomoção ao patamar de direito fundamental (artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988) conferiu ao *habeas corpus* a missão de garantir o seu exercício, com a máxima efetividade possível (artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal vigente).

Marcelo Novelino (2008, p. 229-230) explicita a relação ora dimensionada da seguinte forma:

O reconhecimento e a mera declaração de um direito pela Constituição não são suficientes para assegurar sua efetividade. É necessária a existência de mecanismos capazes de protegê-los contra potenciais violações. As *garantias* não são um fim em si mesmo, mas um *meio* a serviço de um direito substancial: consistem em instrumentos criados para assegurar a proteção dos direitos. A fixação da garantia e a declaração do direito têm uma linha divisória pouco nítida e, não raro, localizam-se no mesmo dispositivo.

O habeas corpus é uma garantia criada para assegurar a liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII); o devido processo legal, em seu caráter formal, é um instrumento que visa à proteção dos direitos de liberdade e propriedade (art. 5º, LIV); o princípio da legalidade é um meio protetivo e assecuratório das liberdades individuais (art. 5º, II).

Para melhor compreensão do cerne da questão ora posta em debate, mostra-se imprescindível retomar, resumidamente, algumas disposições relativas ao contexto histórico que forneceu as condições de possibilidade para o surgimento e emprego do *habeas corpus* em sua formatação primitiva. Isso será feito tomando como base o magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 569-570), desenvolvido nos seguintes termos:

O instituto tem sua origem no Direito inglês. E foi em 15-6-1215, quando o rei João Sem Terra, ou *Lackland*, pressionado pelos barões e pelo clero, promulgou a “Magna Charta Libertatum vel concordia inter regem Johannem et barones”, que surgiu o gérmen do *habeas corpus*. Dizia o Capítulo 29: “Nullus liber hommo capiatur, vel imprisonetur, aut dissaisietur, aut ultragetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec semper eum ibimus, nec supere um in carcerem mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”. (Nenhum homem livre será detido, feito prisioneiro, posto fora da lei ou exilado nem de forma alguma arruinado (privado dos seus bens), nem iremos nem mandaremos alguém, contra ele, exceto mediante julgamento de seus pares e de acordo com a lei da terra.)

Por outro lado, afirma Constantino (2001, p. 21-22), que, não obstante tenha sido a Carta Magna, outorgada pelo Rei João Sem Terra, um marco significativo para o estudo da matéria, o ancestral mais remoto e primitivo do *habeas corpus* estaria no direito romano, pois, desde a antiguidade clássica, o Tribunal, a pedido do interessado, poderia conceder ordem para que o detido fosse submetido a julgamento, avaliando-se a necessidade, legalidade e condições de sua prisão.

No mesmo sentido, ressalta Luiz Pinto Ferreira (1979, p.20) que:

Raízes históricas remotas do *habeas corpus* já podem ser encontradas no direito romano, que à distância influenciou o direito ocidental. Pretende-se que os romanos já conheçam uma garantia criminal preventiva de natureza análoga aos *habeas corpus*, como seja, o *interdictum de homine libero exhibendo*, como ordem que o pretor dava a trazer o cidadão ao seu julgamento, apreciando a legalidade da prisão efetuada.

Registra-se, entretanto, que a origem do instituto objeto deste estudo, nos moldes mais próximos do que se tem hoje, remonta, de fato, ao Direito Inglês, tendo sido seu embrião gerado por ocasião da elaboração da *Magna Charta Libertatum* de 1215.

Naquele período, o rei João Sem Terra, logo após ascender ao trono inglês, adotou medidas reveladoras de fulgente despotismo, criando e exigindo tributos exorbitantes e determinando prisões absolutamente ilegais. Suas atitudes, por conseguinte, levaram a uma intensa movimentação popular, impulsionada fortemente pelo clero, que culminou na elaboração da Carta Magna a que se fez menção anteriormente, bem como, indiretamente, favoreceu o surgimento de uma moldura do *habeas corpus* conhecido atualmente.

3 INSERÇÃO DO *HABEAS CORPUS* NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, o primeiro singelo aceno àquilo que seria o *habeas corpus* surgiu na legislação infraconstitucional, com a promulgação do Código de Processo Criminal do Império, datado de 1832, avançando até a Constituição de 1891, para, em seguida, atingir a feição atual, materializada no Código de Processo Penal vigente e na Constituição Federal de 1988.

Ao comentar sobre o aparecimento do *habeas corpus* no cenário jurídico nacional, Lúcio Santoro de Constantino (2001, p. 26) assevera que, de fato, foi o Código de Processo Criminal de 1832, em seu artigo 340, o diploma legal responsável pela aparição. Entretanto, referido autor adverte que o remédio heroico ali presente só tinha a finalidade liberatória, ou seja, servia-se a tutelar a liberdade ambulatorial quando o paciente já estivesse preso, não atingindo o constrangimento iminente (ameaça à liberdade de locomoção):

[...] tem-se de forma lídima que o *habeas corpus* ingressou em nossa legislação, de forma expressa, em 1832, com a promulgação do Código de Processo Criminal, cujo art. 340 previa: ‘Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofra uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem o direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor’.

Desta forma, indiscutivelmente tem-se aqui o aparecimento do *writ* na órbita legal brasileira.

Contudo, o remédio heroico vinha vestido com a finalidade liberatória, ou seja, quando efetivado o constrangimento à liberdade ambulatorial. Assim, as diversas alterações promovidas no Código de Processo Criminal de 1832 resultaram em dar ao *habeas corpus*, outrossim, a faceta de remédio contra a ameaça à liberdade de locomoção. Já em 20 de setembro de 1871, a Lei nº 2.033 explicitou o *habeas corpus* preventivo, ou seja, como remédio para o constrangimento iminente [...]

A Constituição Federal atual declara o direito à liberdade de locomoção no artigo 5º, inciso XV, com seguintes termos: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;”. A garantia a esse direito foi insculpida, não por acaso, algumas linhas abaixo, mais precisamente no inciso LXVIII, o qual tem a seguinte redação: “conceder-se-á “*habeas-corpus*” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”.

Nesses moldes, afirma-se que, quanto ao objeto e ao objetivo do *habeas corpus*, não emergem grandes indagações, uma vez que este visa resguardar o cidadão de eventual ilegalidade ou abuso de poder lesivo (ou potencialmente lesivo) ao seu direito de ir, vir e permanecer, enquanto aquele é a própria liberdade de locomoção do indivíduo.

A extensão e a profundidade desse direito e da proteção constitucional a ele vinculada são tão significativas que qualquer pessoa pode impetrar ordem de *habeas corpus*, até mesmo o analfabeto, independentemente de capacidade postulatória e formas sacramentais, o que aponta para a ampla legitimidade ativa do *writ*.

4 NATUREZA JURÍDICA DO HABEAS CORPUS

No que tange à natureza jurídica desse instrumento jurídico-processual, certas discussões doutrinárias já foram travadas, várias delas motivadas pela inadequada localização “espacial” do *habeas corpus* no Código de Processo Penal vigente.

Situado no Livro III, Título II, Capítulo X, ele se encontra no campo reservado à disciplina dos Recursos Criminais, mas, hoje, pode-se afirmar, com amparo na doutrina majoritária, que não se trata de espécie desse gênero. Elencam-se abaixo, com arrimo na obra de Paulo Rangel (2009, p. 894), as razões capazes de conduzir à conclusão de que a feição verdadeira do *habeas corpus* é a de ação autônoma de impugnação, e não de recurso:

[...] se investigarmos a essência do habeas corpus, veremos que de recurso não se trata.

A *uma*, porque o recurso pressupõe decisão não transitada em julgado e o habeas corpus pode ser impetrado de decisão que já transitou em julgado, nos termos do que autoriza o art. 648, VI e VII, do CPP, pois, se o juiz era absolutamente incompetente e a sentença transitou em julgado, poderá ser impetrado *habeas corpus* para desconstituí-la. Ou ainda, se já estiver extinta a punibilidade em face da prescrição da pretensão executória, será admissível o *writ*;

A *duas*, porque o recurso é interposto sempre de decisão judicial e o *habeas corpus* pode ser impetrado contra ato de autoridade administrativa ou, como veremos adiante, inclusive de ato de particular;

A *três*, porque o recurso é interposto dentro da mesma relação jurídico-processual e o *habeas corpus* instaura uma nova relação jurídica, independentemente daquela que deu origem à sua instauração. **Ou, até mesmo, sem que haja uma relação jurídica instaurada.**

Assim, pelas razões acima expostas, o *habeas corpus* não é um recurso, tratando-se de uma *ação autônoma de impugnação cuja pretensão é de liberdade*. [...]

Frisa-se, por oportuno, que Paulo Rangel (2009), Fernando da Costa Tourinho Filho (2008), Eugênio Pacelli de Oliveira (2004) e Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, rechaçam a tese segundo a qual o *habeas corpus* teria natureza recursal. No mesmo sentido, tem-se o clássico magistério de Rogério Lauria Tucci (1986, p. 13):

Com efeito, por objetivar a determinação da inconstitucionalidade ou da ilegalidade de ato de agente do Poder Público, 'seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder', a fim de obter-se sua revogação ou modificação, assume essa espécie de *writ* a natureza jurídica de *ação*, que encontra na Lei Maior a explicitação genérica, em termos amplos, de sua cabência, e na legislação processual específica as diretrizes de sua propositura e tramitação, perante os órgãos, competentes, do Poder Judiciário.

Vale o registro, nesse contexto, do posicionamento minoritário, entretanto não menos respeitável, de Magalhães Noronha (1992), para quem o HC tem natureza dúplex (mista), assumindo caráter tanto de recurso quanto de ação.

5 PROCESSAMENTO DO *HABEAS CORPUS*: UM RÁPIDO PANORAMA SOBRE AS CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PROCEDIBILIDADE E A COMPETÊNCIA PARA Apreciação

Quando da impetração do *habeas corpus*, materializa-se uma lide entre o paciente (sujeito que sofre ou se encontra na iminência de sofrer coação ilegal² ou ameaça ao seu direito de ir, vir e permanecer) e a autoridade coatora (em regra servidor público³: juiz, promotor, delegado, por exemplo).

No entanto, para que se entenda como legítimo o manejo do *writ*, é imprescindível que a pretensão a ser tutelada se encontre respaldada em direito líquido e certo. Ou seja, deve transparecer, de maneira cristalina, a violação ou ameaça à liberdade de locomoção, sob pena de indeferimento *in limine* da ação autônoma de impugnação em estudo, tanto mais porque o *habeas corpus* se desenvolve por uma via de cognição restrita, não comportando, em regra, dilação probatória posterior ao ajuizamento da petição inicial.

É oportuno mencionar, nessa conjuntura, que Maximiano (2008, p. 99-100) destaca, embora admitindo a polêmica da matéria, ser possível o manejo de *habeas corpus* até mesmo para tutelar o direito da gestante de interromper a gravidez quando a vida extrauterina, por alguma anomalia grave, revelar-se impossível. Eis o teor do seu posicionamento:

Não há dúvida que o Código Penal trata das hipóteses de aborto legal, no art. 128, para salvaguarda da vida da gestante e quando a gravidez resulta de estupro. Em ambos os casos não se exige autorização judicial, devendo a interrupção ser realizada por médico.

Ocorre que há algum tempo tem surgido a possibilidade de se pleitear a interrupção da gravidez em vista de anomalia no feto que torna absolutamente impossível a vida extrauterina, como são os casos de anencefalia.

2 Em rol meramente exemplificativo, o Código de Processo Penal, em seu artigo 648 e respectivos incisos, estabelece situações de coação ilegal que desafiam o manejo de *habeas corpus*, a saber: a) quando não houver justa causa; b) quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; c) quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; d) quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; e) quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; f) quando o processo for manifestamente nulo; g) quando extinta a punibilidade.

3 Para Temer (2000, p. 195-196), nada impede que o sujeito passivo no processo de *habeas corpus* seja o particular, desde que o constrangimento por ele protagonizado decorra do exercício de sua função, o que aponta para a constatação segundo a qual, se a detenção tiver como motivação interesse de ordem pessoal, configura-se, na verdade, não simples coação, mas verdadeiro crime de cárcere privado. Como exemplo de situação onde o particular pode figurar como sujeito passivo no processo de *habeas corpus*, referido doutrinador elenca o caso do diretor de um hospital que obsta à retirada de enfermo que, embora já possua alta do médico que o tratava, ainda não adimpliu obrigação de pagamento das despesas referentes à sua permanência na instituição hospitalar.

(...)

Diante, portanto, de um caso em que a literatura médica, à unanimidade, entende ser completamente impossível a vida extra-uterina do feto acometido por grave anomalia, cabe inicialmente a formulação de pedido de interrupção de gravidez, instruído com exames e pareceres médicos, ao juízo criminal de primeira instância, sendo que tais pedidos têm sido processados como uma cautelar inominada.

Na hipótese de indeferimento, o *habeas corpus* e o mandado de segurança são admitidos pela jurisprudência como instrumento e defesa do direito da gestante, muito embora o tema seja dos mais polêmicos, especialmente no campo religioso.

Sobre o cabimento do *habeas corpus*, o repositório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal abriga diversos acórdãos e enunciados sumulares capazes de aclarar o entendimento esboçado nos parágrafos anteriores:

STF - HC n° 83.162, rel. Min. Carlos Velloso (DJ 26.09.2003): Não é somente a coação ou ameaça direta à liberdade de locomoção que autoriza a impetração do *habeas corpus*. Também a coação ou a ameaça indireta à liberdade individual justifica a impetração da garantia constitucional inscrita no art. 5º, LXVIII, da CF’.

STF – Súmula n° 395: ‘Não se conhece de recurso de *habeas corpus* cujo objetivo seja resolver sobre o ônus das custas, por não estar mais em causa a liberdade de locomoção’.

STF – Súmula n° 693: ‘Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada’.

STF – Súmula n° 695: ‘Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade’.

STF – HC n° 71.464, rel. Min. Francisco Rezek (DJ 07.12.2000): ‘O pressuposto do *habeas corpus*’ é o risco ou a atualidade de uma coação sobre liberdade ambulatoria da pessoa, sobre sua liberdade física (artigo 5º, LXVIII, da CF). Não se conhece do pedido se não há sequer ameaça de ilegítimo cerceamento a tal liberdade’. (NOVELINO, 2008, p. 350)

Em relação à competência para conhecer do *habeas corpus*, matéria unilateralmente ligada ao cerne deste estudo, observa-se que o critério territorial é de inegável primazia, ou seja, deve-se questionar, para fins de fixação da porção da jurisdição a ser provocada, em qual lugar o paciente está sofrendo

ou se acha na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir.

Apenas depois desse exercício preliminar de fixação de competência, analisa-se qual seria o órgão competente, de grau jurisdicional superior ao da autoridade que teria cometido o constrangimento ilegal, responsável pela apreciação do pedido, cujo objetivo, em regra, é a expedição de salvo-conduto (*habeas corpus* preventivo) ou alvará de soltura (*habeas corpus* suspensivo/repressivo), sem prejuízo de outros pleitos relacionados à liberdade de locomoção.

Ressalvadas as hipóteses de competência originária para apreciação do *habeas corpus* (artigo 650, incisos I e II do Código de Processo Penal), a regra é que o *writ* seja endereçado à autoridade jurisdicional hierarquicamente superior à tida como coatora. Sobre esse ponto específico, José Frederico Marques (2003, p. 479-480) ressalva que:

No Código de Processo Penal, art. 650, de par com preceitos sobre competência funcional hierárquica (competência originária), contidas nos itens nº I e II, encontra-se preceituado também o seguinte: ‘§ 1º. A competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição’. Trata-se de regra tradicional no Direito Pátrio, que a adota desde a lei de 3 de dezembro de 1841, e, em virtude da qual a coação ilegal, contida em ato de órgão ou autoridade judiciária, somente pode ser objeto de *habeas corpus*, se impetrado este, perante juízo ou tribunal de grau jurisdicional superior ao da autoridade que teria cometido o constrangimento. [...]

Corolário dessa regra legal é o de que o juiz não concede *habeas corpus* contra si próprio, nem tampouco contra alguma de suas câmaras ou turmas.

É importante destacar, entretanto, que, quando as normas de competência relativas ao *habeas corpus* são lidas em conjunto com as regras gerenciadoras do sistema recursal insculpido no Código de Processo Penal, a questão da apreciação do *writ* se torna consideravelmente mais complexa, conforme será possível perceber nas linhas seguintes.

6 O HABEAS CORPUS Nº 109.956 E A RESTRIÇÃO AO MANEJO DO WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL NO STF

A racionalidade do sistema recursal em matéria criminal, bem como a sistemática de processamento do *habeas corpus*, impõe o raciocínio consoante no qual, diante da denegação do *writ* por parte de órgão jurisdicional de 1ª

instância, caberá ao paciente ou ao seu representante legal duas opções: 1) impetrar novo *habeas corpus* para o Tribunal competente (Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional Eleitoral ou Tribunal Superior Eleitoral) a que esteja vinculada, por escala hierárquica, a autoridade responsável pelo suposto ato ilegal; ou 2) interpor recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581, inciso X, do Código de Processo Penal.

Tais constatações, entretanto, não geram grandes dissonâncias doutrinárias e/ou jurisprudenciais. Por esse motivo, não representam a abordagem principal do presente artigo.

O núcleo deste estudo se relaciona às consequências da denegação da ordem de *habeas corpus* realizada pelos Tribunais, situação que, nos termos da Constituição Federal de 1988, desafia a interposição de Recurso Ordinário Constitucional para o Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso II, alínea *a*) ou para o Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso II, alínea *a*), conforme o caso.

Diante das considerações até aqui retratadas, surge um tormentoso questionamento: mesmo diante do exposto regramento constitucional, relativo à competência recursal do Supremo Tribunal Federal, há possibilidade de impetração de *habeas corpus* em detrimento do recurso ordinário, para impugnar decisão denegatória de *writ* anteriormente impetrado nos Tribunais Regionais Federais ou nos Tribunais dos Estados?

Pois bem. Conforme mencionado na delimitação do tema do presente trabalho, durante bastante tempo o Supremo Tribunal Federal, em que pese a previsão expressa de recurso cabível para impugnar decisão denegatória de *habeas corpus* proferida pelos Tribunais (Recurso Ordinário Constitucional, também chamado de RHC), convalidou, de forma tácita e até mesmo expressa, em determinados acórdãos, a possibilidade de impetração de novo *habeas corpus* (substitutivo) direcionado à corte imediatamente superior à responsável pela lavratura da decisão denegatória.

Ocorre que o STF impulsionou uma verdadeira mudança de paradigma jurisprudencial, consubstanciada no juízo de admissibilidade negativo do *writ*, quando manejado em detrimento do recurso ordinário constitucional, notadamente a partir do julgamento do HC nº 109.956, proveniente do Estado do Paraná.

Naquela oportunidade, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, vencido o Ministro Dias Toffoli, considerou inadequado o manejo de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional para questionar decisões denegatórias de *habeas corpus* proferidas pelo Tribunal de

Justiça do Estado do Paraná e pelo Superior Tribunal de Justiça. Eis o trecho da ementa referente ao julgado em apreciação:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO.

A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. [...]

(HC nº 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012) (grifo nosso)

Conforme se pode inferir, o cenário anterior à denegação da ordem de *habeas corpus* acima mencionada era, em síntese, o seguinte: após decisão desfavorável promovida pelo Superior Tribunal de Justiça, o defensor do paciente, em vez de interpor recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, achou por bem manejar novo *writ* para a Corte Constitucional, fator que motivou a rejeição de sua pretensão, sob o argumento de que, em razão da sobrecarga de processos que hoje tramitam no STF e diante da expressa previsão de recurso oponível à espécie, não mais subsistia, de forma indiscriminada, autorização para o recebimento de *habeas corpus* em detrimento de recuso ordinário.

Nestor Távora (2014, p. 1.306), discorrendo sobre a presente celeuma e registrando qual era o posicionamento tradicional do Supremo Tribunal Federal, mencionou que:

[...] a Constituição Federal estabeleceu, expressamente, qual o recurso cabível para atacar a decisão denegatória do *habeas corpus*. Ocorre que era comum a utilização desta ação autônoma de impugnação como substitutivo de recurso ordinário, tanto para o STF, como para o STJ. Vale dizer, ao invés de impugnar a decisão denegatória pela via recursal prevista constitucionalmente (o recurso ordinário), a parte manjava o *habeas corpus*, pretendendo o seu reexame pelo STJ ou STF. Funcionava o HC, portanto, como sucedâneo recursal (daí a expressão “*habeas corpus* substitutivo”).

O fato é que a decisão em destaque, bem como as demais, de mesmo teor, que a ela seguiram, geraram diversas discussões no cenário jurídico-penal, tanto mais porque não se pode olvidar que o processamento do *habeas corpus* é mais célere que o do recurso ordinário constitucional e, sobretudo em matéria criminal, o postulado constitucional da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII) deve ter máxima efetividade. Sobre isso, vale registrar a conclusão de Távora (2014, p. 1306):

[...] Ao nosso ver, a solução forense de impetração do writ não ofendia a Constituição, mas antes lhe dava maior eficácia, por se tratar de mecanismo de processamento mais célere, viável quando se queira combater o cerceamento de liberdade de forma urgente. É que o recurso ordinário tem processamento mais demorado, não sendo tão eficaz quanto o *habeas corpus* para tal desiderato.

Em verdade, a mudança de paradigma observada a partir do julgamento do HC nº 109.956 parece refletir uma medida caracterizadora da chamada “jurisprudência defensiva”, mecanismo tendente a obstaculizar a tramitação de recursos ou ações autônomas de impugnação (como é o caso do *habeas corpus*), no afã de reduzir, a qualquer custo, o número de processos que chegam às Cortes superiores.

Ao que tudo indica, pretende-se transferir ao jurisdicionado que deseje fazer uso do *habeas corpus*, cuja liberdade de locomoção, portanto, encontra-se cerceada ou ameaçada, o ônus gerado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento que chegam às instâncias superiores do Poder Judiciário, fato que, mesmo indiretamente, pode estar camuflando uma tendência irrefletida, baseada na transposição da lógica referente ao processo civil para categorias jurídicas de índole processual penal.

Afirma-se isso porque as razões que sustentam a inadmissibilidade do *habeas corpus* substitutivo de Recurso Ordinário no Supremo Tribunal Federal em muito se assemelham à dinâmica observada na seara processual civil quanto ao Mandado de Segurança, consubstanciada na ideia segundo a qual tal ação só é cabível quando não houver a previsão legal de recurso próprio, conforme preleciona o enunciado 267 da Súmula do STF⁴.

Em verdade, atualmente, por mais que existam diversas razões jurídicas e fáticas a sustentar que a restrição de admissibilidade do *habeas corpus* não é a medida mais adequada para combater o acúmulo de processos nas Cortes superiores, o cenário jurisprudencial dominante, tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça, aponta para a conclusão segundo a qual é inadmissível, em regra, o “*habeas corpus* substitutivo da via recursal adequada, ressalvando-se a possibilidade de concessão do writ de ofício quando demonstrada (a) ilegalidade flagrante, (b) abuso de poder ou (c) teratologia jurídica” (TÁVORA, 2014, p. 1306).

4 Referido verbete sumular possui a seguinte redação: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi constitucionalmente confiada ao *habeas corpus* a nobre missão de remediar situações lesivas ou potencialmente ruinosas à liberdade de locomoção dos cidadãos que transitam em território nacional, motivadas por violência ou coação ilegal.

Em matéria penal, não há como negar a condição de imprescindibilidade da ação autônoma de impugnação em estudo, enquanto garantia da correta aplicação das sanções impostas pelo Poder Judiciário àqueles que incorreram, em tese, nos preceitos de normas penais incriminadoras.

Sendo assim, ao que tudo indica, colocou-se em segundo plano o postulado constitucional da duração razoável do processo quando da mudança de paradigma jurisprudencial, consubstanciada no juízo de admissibilidade negativo do *writ*, manejado em detrimento do recurso ordinário constitucional, notadamente a partir do julgamento do HC nº 109.956. Isso porque a prática forense comprova que o manejo do *habeas corpus*, quanto ao quesito celeridade, possibilita, em regra, uma resposta jurisdicional mais rápida do que aquela viabilizada pela instância recursal convencional.

Por outro lado, o dado mencionado no parágrafo anterior é da maior relevância, posto que o *writ* versa sobre a liberdade de locomoção, direito em relação ao qual a perpetuação de eventual ilegalidade, sem intervenção tempestiva do Poder Judiciário, pode gerar danos irreversíveis ou de difícil reparação.

8 REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Habeas Corpus: liberatório, preventivo, profilático**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LINTZ, Breno Linhares. **Prática Processual Penal: doutrina, jurisprudência e modelos**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millennium: 2003.

MAXIMIANO, Vitore André Zilio. **Habeas Corpus**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas; 2008.
- MOSSIM, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal: à luz da doutrina e da jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2012.
- _____. **Habeas Corpus**. 8. ed. São Paulo: Manole, 2007.
- NORONHA, Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SUANNES, Adauto. **O que é Habeas-Corpus**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense S.A., 1985.
- TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria e prática do Habeas-Corpus e do Mandado de Segurança**. 1. ed. Belém: Edições CEJUP, 1986.

A AUDITORIA OPERACIONAL DO TCU COMO INSTRUMENTO DE APERFEIÇOAMENTO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO: NOVOS RUMOS DO CONTROLE EXTERNO

OPERATIONAL AUDIT OF THE BRAZILIAN FEDERAL COURT OF ACCOUNTS (TCU) AS AN INSTRUMENT TO IMPROVE BASIC SANITATION SERVICES: NEW POSSIBILITIES FOR EXTERNAL CONTROL

Gisele Novack Diana¹

RESUMO: A auditoria operacional, prevista no artigo 70, *caput*, da Constituição Federal, ao observar critérios de eficiência e efetividade de programas e procedimentos, pode contribuir positivamente para a atuação da Administração, se houver diálogo interinstitucional. O papel dos órgãos de controle está se ampliando e migrando de uma atuação marcadamente revisional para uma mais prospectiva, assemelhando-se, muitas vezes, a uma consultoria especializada. Considerando essa dinâmica, o presente texto busca demonstrar como uma auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) contribuiu para o aperfeiçoamento de procedimentos e programas em âmbito federal e para propostas de alteração do marco normativo do setor de saneamento básico, como a Medida Provisória nº 844, de 09 de julho de 2018, e a Medida Provisória nº 868, de 27 de dezembro de 2018. Ficou evidente que as atividades dos auditores ultrapassaram a simples verificação de conformidade às leis e normas, avançando em aspectos gerenciais, qualitativos e de desempenho, o que demonstra a capacidade de as instituições de controle externo gerarem valor público, desde que, desde o início dos trabalhos, haja maior aproximação com a Administração.

Palavras-chave: Órgãos de controle. Tribunal de Contas de União (TCU). Auditoria operacional. Saneamento básico.

Recebido em: 25/04/2019 **Aceito em:** 14/05/2019

ABSTRACT: The operational audit, provided in the article 70, *caput*, of the Brazilian Federal Constitution, observing the effectiveness and efficiency criteria of programs and procedures, may contribute positively to the Administrative activity in case of interinstitutional dialogue. The role of control organs has been expanding and migrating

1 Aluna do curso de Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas oferecido pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Procuradora do Estado de São Paulo, atuando na Consultoria Jurídica da Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente do Estado de São Paulo. E-mail: giselenovack@hotmail.com, gnovack@sp.gov.br.

from a markedly review action to a more prospective performance, often resembling a specialized consultancy. Taking this dynamic into consideration, this text intends to demonstrate how an operational audit conducted by the Brazilian Federal Court of Accounts (TCU - Tribunal de Contas da União) has contributed to improve programs and procedures at Federal level and for proposals of alteration in the regulatory framework for the basic sanitation sector, such as Interim Measure n. 844, of July 09, 2018, and Interim Measure n. 868, of December 27, 2018. It was clear that the auditors' activities were more than a simple verification of laws and regulations compliance, presenting an advance in management, qualitative and performance aspects, which demonstrates the capacity of external control institutions to generate public value, provided that, from the very beginning of the work, there is a greater approximation with the Administration.

Keywords: Control organs. Brazilian Federal Court of Accounts. Tribunal de Contas de União (TCU). Operational audit. Basic sanitation.

Received in: 04/25/2019 **Approved in:** 05/14/2019

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia e maior capacitação dos auditores, o papel dos órgãos de controle está se ampliando e migrando de uma atuação marcadamente revisional para uma mais prospectiva, assemelhando-se, muitas vezes, a uma consultoria especializada. Nesse movimento, a Administração muito poderá ganhar se identificar os tribunais de contas como aliados na busca por mais eficiência e efetividade na prestação de serviços públicos e na condução da máquina administrativa.

Considerando essa dinâmica, o presente texto busca demonstrar como uma auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) contribuiu para o aperfeiçoamento de procedimentos e programas em âmbito federal e para propostas de alteração do marco normativo do setor de saneamento básico, como a Medida Provisória nº 844, de 09 de julho de 2018, e, posteriormente, a Medida Provisória nº 868, de 27 de dezembro de 2018. O diálogo adotado com os atores envolvidos foi primordial para a identificação dos problemas do setor e para a formulação de recomendações. Por outro lado, verificou-se que uma parte dos auditados mostrou-se receptiva ao trabalho técnico desenvolvido, permitindo a assimilação de conclusões técnicas.

2 A AUDITORIA TRADICIONAL E A AUDITORIA OPERACIONAL

A auditoria é utilizada como um instrumento dos órgãos de controle para análise da conformidade dos procedimentos em relação às normas gerais. Durante muito tempo, a revisão de procedimentos contábeis era o principal objetivo dessa atividade. Contudo, tal realidade aos poucos se alterou e, em

1970, a auditoria operacional surgiu como ramo de auditoria na área governamental, com a aprovação, pela Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), do conceito de auditoria integrada. Esse tipo de análise técnica leva em conta as responsabilidades financeira, administrativa e programática do gestor em relação a um programa ou mesmo a um órgão ou entidade.

No Brasil, a auditoria operacional foi introduzida por meio do Decreto Federal nº 93.874, de 23 de dezembro de 1986, cujo parágrafo segundo do artigo 10 previa a possibilidade de uma auditoria analisar a existência de eficiência e eficácia na aplicação dos recursos públicos. Já na Constituição Federal de 1988, o caput do artigo 70 passou a mencionar a fiscalização operacional como instrumento de controle. O referido artigo, embora “se aplique diretamente apenas à União, é igualmente aplicável aos Estados-Membros e aos Municípios, por força do artigo 75 da Constituição”².

A auditoria operacional está mais próxima de uma consultoria multidisciplinar do que de uma auditoria tradicional. Nesta, busca-se verificar a conformidade da atuação de determinado órgão a normas gerais³, enquanto na auditoria operacional busca-se o aprimoramento dos controles internos, diminuição dos custos, eficiência e eficácia no uso de recursos públicos, melhoria de práticas administrativas e “até mesmo alguma forma mais adequada de gerir a entidade auditada”⁴. Além disso, a modalidade operacional “implica na análise das atividades desenvolvidas pela Administração Pública”, considerando “sua atuação e o desenvolvimento de suas atividades gerenciais objetivando chegar a uma finalidade de interesse público”⁵.

Se bem conduzida e adotando uma postura de parceria com a Administração, é possível alcançar consequências positivas para o sistema. É importante frisar, nesse aspecto, que o diálogo entre o órgão de controle e o auditado detém papel relevante para o desenvolvimento dos trabalhos e o alcance de resultados concretos. Eventuais impactos positivos das conclusões

2 SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Da fiscalização Contábil, financeira e orçamentária. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1166.

3 BARZELAY, Michael. Instituições centrais de auditoria e auditoria de desempenho: uma análise comparativa das estratégias organizacionais na OCDE. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 53, n. 2, p. 5-35, abr./jun. 2002.

4 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. p. 108.

5 SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Op. Cit. p. 1167.

e recomendações da auditoria no objeto analisado dependerão de uma adequada identificação do escopo do trabalho e dos *stakeholders* envolvidos⁶, razão pela qual a interação se faz necessária.

3 AUDITORIA OPERACIONAL REALIZADA PELO TCU VOLTADA AO SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Em recente auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no bojo do TC 017.507/2015-4, buscou-se “avaliar em que medida as políticas e as ações federais relativas ao serviço de esgotamento sanitário no País contribuem para a eficiente gestão dos recursos hídricos”, logrando-se, ao final, identificar o cenário em que o setor do serviço de esgotamento sanitário nacional se encontrava e apontar adequações visando ao seu aperfeiçoamento.

A motivação que conduziu à definição do auditado e da problemática a ser enfrentada teve origem na grave crise hídrica que acometeu o país a partir de 2012, a qual exigiu diversas ações do governo federal. Por ocasião de avaliação feita, em 2015, pela Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente sobre referidas ações, concluiu-se haver relação existente entre “os baixos índices de coleta e tratamento de esgotos e a disponibilidade hídrica, na medida em que os elevados níveis de poluição de diversos cursos de água, em especial em áreas urbanas, inibem o seu aproveitamento para fins de abastecimento público”⁷.

Durante a fase de planejamento, os técnicos envolvidos iniciaram as atividades identificando e conhecendo as políticas e ações federais, entrevistando especialistas do setor, realizando visitas exploratórias a cidades do Estado de São Paulo, bem como participando do IX Congresso Brasileiro de Regulação. A partir dos dados obtidos, utilizou-se a ferramenta de análise denominada SWOT, identificando-se as principais fraquezas, ameaças e riscos associados à atuação do Ministério das Cidades. Elaborou-se ainda a “árvore de problemas”, o que permitiu identificar e aprofundar as principais causas das deficiências percebidas no setor de esgotamento sanitário.

Como resultado do levantamento citado, constatou-se que as ações da União estavam centradas na transferência de recursos financeiros para ampliação e melhoria estrutural de sistemas de abastecimento de água e esgotamento

6 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Op. Cit.

7 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3180/2016, Plenário, Relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, j. 07/12/2016. p. 01.

sanitário, além de apoiar a elaboração de planos municipais de saneamento e adoção de mecanismos de regulação e fiscalização da prestação dos serviços, incremento da gestão e fomento ao desenvolvimento tecnológico e científico. Ademais, identificou-se que ao Ministério das Cidades competia destinar recursos federais a municípios com mais de 50 mil habitantes, considerados pela equipe como aqueles que mais contribuem para a poluição de corpos de água, tendo em vista a grande concentração populacional, razão pela qual esse órgão passou a ser o principal auditado.

Durante a execução da auditoria, a equipe realizou visitas de estudo a 29 municípios distribuídos entre os Estados de Santa Catarina, Goiás, Minas Gerais, Pernambuco e Alagoas, incluindo municípios com baixo percentual de tratamento de esgoto; efetuou entrevistas com gestores municipais e estaduais e servidores de agências reguladoras; elaborou *survey* destinada a Prefeituras, prestadores locais, prestadores regionais e entidades reguladoras; bem como analisou indicadores do setor.

No Acórdão nº 3180/2016, proferido na sessão ordinária do TCU de 07 de dezembro de 2016, foram determinadas diversas providências, dirigidas não somente ao Ministério das Cidades, que, no caso concreto, figurou como o principal auditado, mas também à Casa Civil da Presidência da República, ao Comitê Gestor do Programa de Aceleração do Crescimento e à Secretaria do Programa de Aceleração do Crescimento, ambos integrantes do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Destacam-se, a seguir, as principais recomendações em relação ao Ministério das Cidades:

9.1.1 implemente a sistemática de avaliação dos resultados de suas intervenções em esgotamento sanitário, de modo a permitir o cumprimento do art. 50, incisos I e II, da Lei nº 11.445/2007 e do art. 11, inciso XII, do Anexo I, do Decreto nº 4.665/2003;

[...]

9.2.1. implemente mecanismos voltados à garantia da qualidade e da confiabilidade das informações obtidas nas avaliações dos resultados de suas intervenções e estabeleça providências a serem adotadas nos casos de empreendimentos cujo desempenho esteja aquém do esperado;

9.2.2. promova parcerias com as entidades reguladoras, os órgãos estaduais de meio ambiente e o ministério público para viabilizar a fiscalização da operação e manutenção dos empreendimentos financiados com recursos federais, ao longo da vida útil desses empreendimentos, segundo os critérios de avaliação padronizados;

9.2.3. intensifique a articulação entre as empresas de saneamento, os municípios e o ministério público e estimule a troca de experiências sobre boas práticas e programas de identificação de lançamentos irregulares e de incentivo à adequada interligação de moradias às redes coletoras;

9.2.4. promova a inserção no Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (SINISA) de indicadores que possibilitem a mensuração da população com rede disponível, mas não conectada à rede pública;

9.2.5. promova a discussão entre os diversos atores nessa área sobre a possibilidade de instituição da cobrança de tarifa de esgoto, diante da disponibilidade da rede, ainda que o usuário não tenha realizado a ligação de sua residência, considerando, para tanto, a utilização potencial do aludido serviço público, nos termos dos arts. 77 a 79 do Código Tributário Nacional;

9.2.6. informe as razões e as justificativas para a desclassificação do projeto aos proponentes que tiverem projetos rejeitados nos processos de seleção de empreendimentos no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), por meio de ofício ou por meio eletrônico.

Em resposta, o Ministério das Cidades, além de justificar os procedimentos adotados, reconheceu a necessidade de aprimoramento de determinadas atividades, informando plano de ação⁸.

Com relação ao Comitê Gestor do Programa de Aceleração do Crescimento e à Secretaria do Programa de Aceleração do Crescimento, ligados ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, destacam-se as seguintes recomendações:

9.3.1. elaborem as seleções de projetos de engenharia para as obras de esgotamento sanitário com recursos não onerosos direcionadas especificamente para municípios com níveis mais desfavoráveis dos critérios previstos no art. 48, incisos IV e IX, da Lei nº 11.445/2007 e no art. 54, incisos IV e IX, do Decreto nº 7.217/2010, incluindo nessas seleções a previsão do apoio institucional necessário para viabilizar a elaboração desses projetos de engenharia;

[...]

9.5.2. torne público, no prazo de 60 (sessenta) dias, os critérios, as motivações e as justificativas para a seleção, remoção e inclusão dos empreendimentos de esgotamento sanitário no PAC, a exemplo das informações contidas nas Notas Técnicas SNSA/MCidades nos 132/2013 e 793/2013

8 BRASIL. Ministério das Cidades. Assessoria Especial de Controle Interno. Ofício nº 25/2017/AECL/GAB-MCIDADES-MCIDADES, 23/06/2017.

e na seleção realizada em 27/8/2015 (Ata CGPAC), com a justificativa do Ministério das Cidades para inclusão de obras de esgotamento sanitário;

Em resposta, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão informou já atender à “determinação do Acórdão, mediante o apoio à elaboração de 1.322 projetos de engenharia para sistemas de esgotamento sanitário”⁹. Não abordou, contudo, os fatos e fundamentos estratégicos que levaram o órgão de controle a sugerir o aperfeiçoamento. Considerando o teor da manifestação, parece não ter havido correta compreensão dos objetivos da auditoria operacional, o que pode demonstrar, também, falha durante o desenvolvimento dos trabalhos dos auditores, em razão da falta de comunicação com os auditados, elemento necessário em uma auditoria operacional.

Para a Casa Civil da Presidência da República, foram feitas as recomendações que seguem:

9.4.1. institucionalize instância interministerial de coordenação, articulação e integração entre os atores responsáveis pelas principais ações na área de saneamento básico, a exemplo da Sala de Coordenação e Acompanhamento da Política de Saneamento Básico prevista no Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab);

9.4.2. defina de forma consolidada os limites de atuação dos órgãos e instituições federais que possuem competências para fomentar melhorias nos sistemas de esgotamento sanitário, inclusive quanto ao perfil dos municípios a serem atendidos;

No ofício de resposta, foi informado pela Casa Civil que a Pasta, em agosto de 2016, iniciou “trabalhos de diagnóstico a respeito da situação do saneamento básico no Brasil com o objetivo de identificar gargalos e propor ações com objetivo de melhorar a coordenação e a efetividade da política federal de saneamento básico”¹⁰, culminando na instituição de grupo de trabalho para oferecer propostas de alteração da legislação, as quais, em parte, iam ao encontro das recomendações constantes do Acórdão.

De fato, recentemente houve propostas de alterações significativas em determinadas normas federais relacionadas ao setor, entre elas a Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Isso ocorreu, inicialmente, por meio da Medida Provisória nº 844, de 09 de julho de 2018, e, posteriormente, pela Medida Provisória

9 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura. Ofício nº 15739/2017-1VIP, 06/03/2017, p. 03.

10 BRASIL. Casa Civil. Secretaria-Executiva. Ofício-SEI nº 944/2017/SE/CC-PR, 19/06/2017, p. 02.

nº 868, de 27 de dezembro de 2018, as quais traduzem, em grande parte, os apontamentos feitos pelo TCU.

Conforme restou evidenciado nas respostas encaminhadas pelo Ministério das Cidades, Ministério da Casa Civil e Ministério do Planejamento e Gestão, referidos órgãos também estavam conduzindo aperfeiçoamentos internos, os quais, em parte, coincidiram com as recomendações veiculadas no acórdão sob comento. Esse cenário, portanto, parece ter contribuído para a alteração dos diplomas legais.

Embora integrem um contexto mais amplo de reflexão e debate entre os principais atores nos últimos anos, e sem fazer juízo de valor sobre o conteúdo das conclusões, é possível afirmar que as recomendações constantes do Acórdão nº 3180/2016, bem como a identificação das fraquezas do sistema constantes no relatório de auditoria, podem ser consideradas elementos indutores de alterações efetivas no âmbito do saneamento básico.

Destacam-se, a seguir, a principais alterações ocorridas nas normas do setor, relacionadas às considerações constantes do Acórdão nº 3180/2016.

3.1 Da fiscalização referente à operação e à manutenção dos equipamentos

Percebe-se que, durante a auditoria, ficou evidente a preocupação com a fiscalização dos serviços, bem como com a manutenção da estrutura financiada com recursos federais. Conforme os textos da MP nº 844/18 e da MP nº 868/18, a atividade de manutenção passou a integrar o próprio conceito de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, de modo a valorizá-la, equiparando-a, em importância, à própria infraestrutura e às demais atividades inerentes à prestação dos serviços citados.

3.2 Do sistema nacional de informações em saneamento básico

Segundo o relatório de fiscalização, o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), que reúne informações sobre prestadores estaduais, regionais e municipais de serviços de acesso à água, coleta e tratamento de esgoto, bem como de resíduos sólidos, contém dados autodeclarados voluntariamente por prestadores de serviços de saneamento, sem sistemática que revele a confiabilidade do sistema.

Verifica-se, assim, que as alterações propostas para o artigo 53 da Lei nº 11.445/07, por meio da MP nº 844/18 e da MP nº 868/18, objetivaram o aperfeiçoamento do SINISA, ampliando o rol dos responsáveis por alimentar o sistema (titulares, entidades reguladoras e prestadores de serviços), bem como prevendo a existência de periodicidade e metodologia para

tanto; de interoperabilidade do Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos com o SINISA; de transparência e publicidade do sistema; e de procedimento sistemático de auditoria.

3.3 Da necessidade de conexão do usuário com a rede coletora

A auditoria sob comento identificou como grave o problema da não interligação de diversas residências à rede coletora de esgotos disponível, evitando o pagamento de tarifa. Ações que poderiam induzir ou incentivar a conexão muitas vezes esbarram na previsão legal de que o pagamento de tarifas ou outros preços públicos decorrerem da conexão e do uso dos serviços.

Com a MP nº 844/18 e a MP nº 868/18, propôs-se a alteração da sistemática anterior, prevista no artigo 45 da Lei nº 11.445/07, passando-se a considerar a disponibilidade do serviço, isto é, a possibilidade de seu uso, como fato gerador.

3.4 Da regulação dos serviços de saneamento básico

Foi identificado pela auditoria que a gestão da política de saneamento básico possui o campo do planejamento, da regulação e da prestação, sendo que a União tem direcionado esforços, com maior intensidade, na área da prestação do serviço, mormente por meio de incentivos financeiros voltados a equipamentos públicos, tanto em relação a projetos quanto obras. Foram identificadas ainda algumas lacunas e levantadas possíveis soluções para a regulação do setor, sem, contudo, terem sido elaboradas recomendações explícitas.

De todo modo, o tema constou também da MP nº 844/18 e da MP nº 868/18, as quais se propuseram a alterar tanto a Lei nº 11.445/07 quanto a Lei nº 9984/00, conferindo novas atribuições e competências à Agência Nacional das Águas (ANA), com destaque para a possibilidade de a autarquia instituir normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A auditoria operacional foi introduzida na Constituição Federal de 1988, de modo a nortear as atividades do controle externo em prol da análise da atuação integral da Administração Pública, a qual deve atingir, com qualidade, determinada finalidade de interesse público.

O presente texto se propôs a analisar uma auditoria operacional realizada pelo TCU sobre aspectos relacionados ao desempenho dos órgãos federais que repassam recursos ao serviço de esgotamento sanitário, assim

como sua relação com a disponibilidade hídrica, tendo como pano de fundo o aperfeiçoamento de serviços de saneamento básico.

Ficou evidente que as atividades dos auditores ultrapassaram a simples verificação de conformidade às leis e normas, o que seria próprio da auditoria tradicional, pois avançaram em aspectos gerenciais, qualitativos e de desempenho, os quais caracterizam aquela denominada operacional. Para a realização desta, requer-se amplo conhecimento, por parte dos auditores, dos objetivos das políticas públicas e do setor em que estão inseridas, razão pela qual a interação com os agentes públicos, objetivando tal aprofundamento, faz-se necessária. Vale ressaltar que não se trata de ingerência na gestão de políticas públicas, mas de contribuição para o desenvolvimento de um ambiente adequado para o bom uso dos recursos públicos.

No caso concreto, ao verificar o caminho dos recursos federais e o cenário do saneamento básico em diversos municípios do país, mormente os que apresentavam altos índices de mortalidade infantil ou baixa cobertura de rede de esgotos, o TCU pode definir o nível de eficiência e efetividade com os quais os citados recursos estavam sendo empregados. Concluiu-se pela necessidade de aperfeiçoamento de programas de transferência de recursos, visando ao estabelecimento de critérios para análise dos resultados, bem como à produção de dados confiáveis relacionados ao setor, ao aprimoramento do procedimento de seleção de projetos custeados pelo PAC, entre outros. Buscou-se, assim, por meio das recomendações, gerar acréscimo de valor aos serviços públicos envolvidos, sendo que os órgãos auditados, em termos gerais, mostraram-se receptivos às conclusões dos relatórios.

Coincidentemente, a atuação da União no setor do esgotamento sanitário estava sendo analisada por um grupo de trabalho constituído por membros de diversos órgãos, o que facilitou a assimilação das recomendações do TCU dirigidas à Casa Civil, tendo em vista a congruência de grande parte das conclusões de ambos os trabalhos. Como resultado desse processo, é possível identificar parte das recomendações no texto da Medida Provisória nº 844, de 06 de julho de 2018, e, posteriormente, da MP nº 868, de 27 de dezembro de 2018, por meio das quais se pretendeu atualizar o marco legal do saneamento básico. Em síntese, propôs-se a alteração da Lei Federal nº 9.984, de 17 de julho de 2000, conferindo novas atribuições e competências à Agência Nacional de Águas (ANA), e buscou-se promover mudanças na Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, aprimorando diversos aspectos das diretrizes gerais nacionais do saneamento básico, com forte impacto para o setor.

Contudo, não raro a Administração se apresenta em descompasso com os objetivos de eficiência e efetividade que, em regra, conduzem as auditorias operacionais, evidenciando a necessidade de maior diálogo e aproximação

entre aquela e o órgão de controle externo. No bojo do texto, destacou-se justificativa apresentada pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão ao não atendimento de recomendação, a qual não demonstrou reflexão sobre os fatos e fundamentos estratégicos que levaram o órgão de controle a sugerir o aperfeiçoamento.

Fica assim demonstrada a capacidade de as instituições de controle externo gerarem valor público, desde que, no início dos trabalhos, haja maior aproximação com a Administração.

5 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. **Introdução à auditoria operacional**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

BARZELAY, Michael. Instituições centrais de auditoria e auditoria de desempenho: uma análise comparativa das estratégias organizacionais na OCDE. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 53, n. 2, p. 5-35, abr./jun. 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3180/2016, Plenário, Relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, j. 07/12/2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010.

_____. Ministério das Cidades. Assessoria Especial de Controle Interno. Ofício nº 25/2017/AECI/GAB-MCIDADES-MCIDADES, 23/06/2017.

_____. Casa Civil. Secretaria-Executiva. Ofício-SEI nº 944/2017/SE/CC-PR, 19/06/2017.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura. Ofício nº 15739/2017-1VIP, 06/03/2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TRIBUTAÇÃO DA ESPÉCIE “ACESSO” DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES – ICMS × ISS

TRIBUTAÇÃO DA ESPÉCIE “ACESSO” DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES – ICMS × ISS

Thaís Cunha Cavalcanti Ferreira Cordeiro¹

RESUMO: Ao abordar o conflito de incidência entre o ICMS e o ISS face à modalidade “acesso” dos serviços de telecomunicações, o presente artigo tem como objeto investigar as questões jurídicas que embasam a díade argumentação adotada pelos dois extremos da lide, visando, como consecução final, à análise da concordância argumentativa com o atual arcabouço jurídico-normativo. Em se tratando de objeto factual, é elementar a abordagem de conceitos técnicos da comunicação a fim de elucidar as questões concretas que adornam o aspecto jurídico. Portanto, para alcançar a finalidade proposta, é entrelaçado um encadeamento de conceitos e ideias jurídicas com as especificidades da comunicação.

Palavras-chave: Acesso. Conflito. Competência. ICMS. ISS.

Recebido em: 25/05/2016 **Aceito em:** 20/04/2017

ABSTRACT: In addressing the conflict of incidence between the ICMS and the ISS in the “access” modality of telecommunications services, this article has the objective to investigate the legal issues that support the argument adopted by the two extremes of the dispute, in order to, as ultimate achievement, analyze the argumentative line with the current legal and normative framework. Since it is an actual object, the approach of communication technical concepts is elementary to clarify the specific issues that adorn the legal aspect. Therefore, to achieve the stated purpose, a chain of concepts and legal ideas, with the communication specificities, is presented.

Keywords: Access. Conflict. Competence. ICMS. ISS.

Received in: 05/25/2016 **Approved in:** 04/20/2017

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Tiradentes (2016). Realizou intercâmbio acadêmico na Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Espanha (2013), onde cursou um semestre do curso de Direito. Estagiou na Procuradoria Geral do Estado de Sergipe, onde foi admitida mediante concurso e permaneceu como estagiária pelo período de um ano, havendo trabalhado na mesma instituição como Assessora Jurídica nos dois anos subsequentes. É advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Sergipe (desde 2016) e pós-graduanda em Direito Tributário, área na qual possui experiência profissional. E-mail: thaiscavalcantif@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa à abordagem da incidência ou não dos chamados “serviços preparatórios”, esmiuçando, em especial, o componente “acesso” que figura como um desses serviços. Toda a discussão proposta gira em torno das normas constitucional e infraconstitucional que disciplinam o tributo ICMS em sua incidência sobre os serviços de comunicação.

As reiteradas lides acerca do referido imposto nas atividades comunicativas provocaram a manifestação do poder judiciário, que, para a cessação da alteração jurídica quanto ao sentido da norma e a validade dos posteriores convênios firmados entre os Estados, tem consolidado entendimento favorável ao pleito fomentado pelas companhias de telecomunicações, para o dissabor das Fazendas Estaduais.

A fim de lograr êxito na consecução do objetivo a que se propõe, esta obra utilizará o método dialético de abordagem, expondo contrapontos e debatendo acerca deles. Para a investigação da temática, será aplicado o método histórico como arcabouço procedimental, o qual servirá de diretriz inicial para a argumentação que, diante da conjuntura, terá por suporte uma ligeira aplicabilidade do método comparativo. A técnica de pesquisa empenhada foi a bibliográfica, valendo-se da consulta de livros doutrinários, jurisprudências dos Tribunais, artigos científicos e dicionários de língua portuguesa.

Assim, os principais pontos de apoio aqui desenvolvidos consistem na:

- validade ou invalidade dos convênios;
- aplicabilidade ou não das normas constitucional e infraconstitucional;
- conceituação basilar de “acesso” com o propósito de melhor elucidação da norma.

2 HISTÓRICO

Sabe-se que hoje em dia a tributação sobre os serviços de telecomunicações é de competência estadual, todavia, nem sempre de dita maneira procedeu. Anteriormente à Constituição da República do ano de 1988, o Ente competente para instituir imposto sobre os serviços de comunicação era a União, como pode ser verificado no seguinte trecho: “Constituição Federal de 1967 – Art. 21 ‘Compete à União decretar impostos sôbre: VII – serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal’.”

Em símil talhe, preleciona José Eduardo de Melo (1996):

À época, os ‘serviços de comunicações’ sujeitavam-se à tributação federal, (como regra), e de forma específica, à imposição municipal. [...] Cabia aos Municípios a tributação sobre as comunicações interligando apenas pontos de emissão e recepção dentro do território municipal, sem ultrapassá-lo, nem conectar-se com redes de outros municípios, ou de territórios estrangeiros. (DE MELO, 1996, p. 97-98)

A Constituição Federal de 1988 veio modificar a referida competência tributária, a fim de conferir aos Estados Federados e ao Distrito Federal o múnus de instituir impostos sobre os serviços de comunicação.

Em convergência com a Magna Carta, a Lei Complementar nº 87 de 1996 surgiu para determinar e especificar o fato gerador e a base de cálculo do ICMS, em conjunto com a Lei Geral das Telecomunicações. Esta prescreveu que a base de cálculo do ICMS–Comunicação é o preço do serviço.

Nesse sentido, em 1996 foi editado o Convênio ICMS nº 02, sob o seguinte prefácio:

Considerando que o ICMS incide sobre a prestação dos serviços de telecomunicações e que há dúvidas por parte de alguns contribuintes, no que se refere a determinados serviços; considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de telecomunicações; considerando a necessidade de esclarecer o contribuinte, para que corretamente possa cumprir suas obrigações tributárias, resolvem celebrar o seguinte CONVÊNIO [...].

Posteriormente, em 1998, foi editado novo Convênio de nº 69, cujo prefácio apresentava o mesmo argumento do seu imediato antecessor.

Atualmente, há uma disputa acirrada e polêmica ao entorno dos supracitados convênios e da competência tributária em questão, já existindo, acerca dessa demanda, entendimento reiterado nos Tribunais Superiores que, todavia, ainda dão margem a remanescentes dúvidas e não contemplam integralmente a questão em gênero, preterindo preceitos constitucionalmente consagrados. Destarte, permanecem, assim, disputas em outras instâncias e argumentos intérminos acerca de uma dualidade entre ISS e ICMS.

3 CONFLITO: ICMS (IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS) X ISS (IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA)

Há atualmente, nos tribunais, uma lide constante entre as grandes empresas de telecomunicações e os Estados Federados quanto à tributação do

ICMS. Enquanto aquelas pleiteiam a destituição de alguns elementos na incidência da base de cálculo do referido imposto, estes defendem veementemente a legítima composição da base aplicada.

O fato é que se discute sobre o sentido da lei, *latu sensu*, e a validade de convênios a esta posteriores (quais sejam, Convênio ICMS 02/96 e 69/98), que versam sobre a questão desse conflito de competência, embasando-se essencialmente na Constituição de 1988 e na Lei Complementar nº 87 de 1996.

Dado é que os Tribunais Superiores têm batido o martelo no sentido de desvincular o acesso, assinatura, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, entre outros itens, da base de cálculo do ICMS-Comunicação, transmitindo esses elementos à tributação do ISS.

A título de exemplificação da problemática em questão, segue relatório de acórdão do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial, tombado sob o número 402.047 – MG (2001/0198674-0), o qual teve como relator o Ministro Humberto Gomes de Barros:

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Discute-se a obrigação de recolher aos cofres públicos quantias relativas ao ICMS sobre ‘os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou apliquem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada’, nos termos do Convênio ICMS 69/98.

Em 1ª instância o pedido foi julgado improcedente (fls. 147/149). A apelação, também, malogrou (fls. 238/247). Eis a ementa do Acórdão, desafiado pelo Recurso Especial (alínea ‘a’):

‘A hipótese de incidência do ICMS nos serviços de telecomunicações não se restringe exclusivamente ao período da comunicação, sendo tributável também os demais serviços inerentes à telecomunicação, colocados à disposição do usuário, posto que trata aquele, por definição da Lei n. 9.472/97, ‘do conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação’, não sendo possível excluir-se de tal conceito a adesão, acesso, habilitação e outras, conforme previsto no Convênio ICMS nº 69/98, que nada tem de ilegal ou inconstitucional’. (fl. 238)

A Recorrente queixa-se de ofensa aos artigos 97 do CTN; 2º, III e 12, VII, da Lei Complementar 87/96. Sustenta que não há incidência de ICMS sobre os serviços acima descritos pois eles não se inserem no conceito de ‘serviços de comunicação’. Por fim, afirma que os valores cobrados a título de acesso, adesão, habilitação, não se referem à contraprestação de nenhum

serviço de comunicação, mas apenas ao custo das providências necessárias a possibilitar a prestação do serviço de comunicação.

É latente que há grande controvérsia quanto aos elementos tributáveis pelo ICMS na esfera da comunicação. Malgrado a extensão da questão litigiosa, o foco a que se propõe o presente trabalho consiste em pormenorizar a qualidade “acesso” nas telecomunicações.

4 PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE

Ao tratar do Princípio da Não Cumulatividade, José Eduardo Soares de Melo (1996) afirma que, em relação a esse Princípio, deve haver sagrada devoção, não cabendo às interpretações hermenêuticas preferir norma constitucional em face de predileção por normas infraconstitucionais, uma vez que estas sempre deverão fundamentar-se na Magna Lei. Acrescente-se ainda que a Lei Complementar não tem o condão de inovar, divergindo da Constituição, mas a esta deve ater-se face ao Princípio de sua Supremacia (MATTOS, 2006, p. 79).

Nesse sentido, insere-se o artigo 154, I, da Constituição da República: “Art. 154. A União poderá instituir: I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”.

É mister gravar que o Princípio da Não Cumulatividade trata-se da isenção da incidência do imposto sobre o bem ou serviço que já antes havia incidido, e não simplesmente da retirada de elementos da base de cálculo do imposto. Em quadro explicativo, o altivo doutrinador Eduardo Sabbag (2015) elucida a aplicabilidade do referido Princípio de forma exemplificativa, dizendo que, numa primeira situação, ‘A’ vende um bem para ‘B’ por R\$ 1.000 (operação I), à posteriori, B vende o mesmo bem a ‘C’ por R\$ 1.300 (operação II). Caso tenha havido isenção do ICMS na primeira operação, haverá a cobrança do referido imposto na segunda operação e, reciprocamente, se houvesse cobrança do ICMS na primeira operação, não haveria a cobrança do mesmo na segunda.

O professor Sacha Calmon Navarro Coêlho (2012), em sua obra *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, cita:

[...] em impostos como o ICMS, em razão da técnica não cumulativa ou, por outro lado, em razão da conta-corrente fiscal, existe uma radical incompatibilidade entre a natureza da exação e as exonerações fiscais. Dar isenção numa fase intermediária do ciclo ou mesmo conceder imunidade significa “transferir” para o elo seguinte o ônus do imposto. [...] A imunidade ou a

isenção só funcionam nos impostos não cumulativos plurifásicos se forem integrais (envolvendo o processo inteiro de circulação) e assim mesmo num mesmo corredor de fases [...], afora tais hipóteses, não há como fazer funcionar, sem gerar disfunções, as exonerações fiscais nos impostos plurifásicos não cumulativos. (2012, p. 333-334)

Isto é dizer que a isenção só é concedida quando se trata de bitributação da mesma espécie de imposto, o que não se configura quando há a tributação de diferentes impostos sobre o mesmo serviço ou bem, uma vez que possuem fatores geradores distintos. Se assim não fosse, seria impossível, por exemplo, cobrar imposto de renda sobre o lucro auferido pela venda de um carro pela sua montadora, uma vez que sobre o bem que gerou a renda já havia incidido o IPI (Imposto Sobre Produtos Industrializados). Destarte, não há lógica na exclusão dos custos com a atividade de comercialização de bens e serviços da base de cálculo, pois, em dada hipótese, haveria a transmutação do ICMS em Imposto de Renda.

5 QUANTO AO ACESSO E À COMUNICAÇÃO

5.1 Acesso

Entre os conceitos apresentados pelo *Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa* (p. 22) e o *Mini Aurélio* na sua 7ª edição (p. 88), a palavra “comunicação” costuma aparecer em destaque, ao lado de “ingresso”, “passagem”, etc. Conceitualmente falando, e levando em conta que o Aurélio é tradicionalmente o dicionário mais consultado em nosso país, é de concluir-se que o legislador, ao elaborar a lei, teve a pretensão de incluir o que se entende por “acesso” como verdadeiro e intrínseco elemento do conceito de comunicação, do qual faz parte e é impossível desentranhar-se.

A ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), a fim de assegurar uma interpretação inequívoca, por partes dos agentes do setor de telecomunicações, dos documentos emitidos pela mesma, além de servir como referência conceitual para os organismos nacionais e para a própria Autarquia na elaboração de documentos, criou o *Glossário de Termos Técnicos de Telecomunicações*, que, ao referir-se ao conceito de “acesso”, prediz: “**acesso** 1. (dcn) conjunto de meios (físicos e lógicos) para interação de um usuário com a rede prestadora de um serviço. 2. (infra, rtpc) ponto pelo qual os sinais podem entrar ou sair de uma rede.”

5.2 Comunicação

Segundo o doutrinador Roque Antonio Carrazza (1997), ao referir-se ao ICMS-Comunicação:

A hipótese de incidência possível deste ICMS é prestar serviços de comunicação. Não é simplesmente realizar a comunicação. Portanto, o tributo só pode nascer do fato de uma pessoa prestar a terceiro, mediante contraprestação econômica (em caráter negocial), um serviço de comunicação. [...] Note-se que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a “relação comunicativa”, isto é, a atividade de alguém, em caráter negocial, fornecer a terceiro condições materiais para que a comunicação ocorra. Mas não apenas isso: é mister, ainda, que a mensagem seja captada pelo destinatário (fruidor) do serviço. (São Paulo, 1997, p. 172)

Vale trazer à discussão o significado da palavra comunicação, a fim de elucidar melhor esse importante conceito. Nesse sentido, elenca o *Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa*, escrito por Francisco Fernandes (1999) e revisto e ampliado pelo professor Celso Pedro Luft:

COMUNICAÇÃO *Sin.* Participação, aviso, informação. Convivência, trato, conversação, relação, familiaridade, amizade: *Estamos em perfeita comunicação* (Aulete). Transmissão: *Comunicação de movimento a um maquinismo*. Passagem, caminho, corredor: *Há uma comunicação entre a sala e cozinha*. Comunhão (de bens).

Observe-se que em toda conceituação da palavra “comunicação” há a ideia de interligação entre dois ou mais pontos, pessoas, objetos, espaços, enfim, há sempre a figura de um receptor e um emissor (e reciprocamente).

Em conformidade com essa linha de pensamento, acrescenta o professor Paulo de Barros Carvalho (2000):

O (1) *remetente* envia uma (2) *mensagem* ao (3) *destinatário*. Para ser eficaz, a mensagem requer um (4) *contexto* a que se refere, apreensível pelo destinatário, e que seja verbal ou susceptível de verbalização; um (5) *código* total ou parcialmente comum ao remetente e ao destinatário; e, finalmente, um (6) *contacto*, um canal físico e uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que os capacite a entrar e a permanecer em comunicação”. (...) O significado de cada um desses elementos deve ser delimitado: (1) *emissor*: é a fonte da mensagem, aquele que comporta as informações a serem transmitidas; (2) *canal*: é o suporte físico necessário à transmissão da mensagem, sendo o meio pelo qual os sinais são transmitidos (é o ar para o caso da comunicação verbal, mas pode apresentar-se em formas diversas, como faixas de frequência de rádio, luzes, sistemas mecânicos ou eletrônicos

etc.); (3) *mensagem*: é a informação transmitida; (4) *código ou repertório*: é o conjunto de signos e regras de combinações próprias a um sistema de sinais, conhecido e utilizado por um grupo de indivíduos ou, em outras palavras, é o quadro das regras de formação (morfologia) e de transformação (sintaxe) dos signos; (5) *receptor*: a pessoa que recebe a mensagem, o destinatário da informação. (CARVALHO, 2000, p. 99-100)

Destarte, é de concluir-se que, sem qualquer dos seus elementos essenciais, não é possível haver comunicação. Assim sendo, é impossível dissociar qualquer elemento do conjunto emissor – canal – mensagem – código – receptor.

Acrescente-se ainda que, sendo o “acesso” o veículo, o suporte viabilizador para a transmissão de dados, resta claro que este tem natureza jurídica de serviço de comunicação, uma vez que o próprio conceito de acesso se traduz em “canal de comunicação”.

5.3 Conclusão Conceitual

A lei diz que todos os gastos devem integrar a base de cálculo. Se os gastos e cobranças com o acesso, que são os custos da atividade, não integram a base de cálculo, estaremos caminhando para a transformação do ICMS-Comunicação em Imposto de Renda das atividades comunicativas, uma vez que, seguindo essa lógica, só restarão como base de cálculo as rendas auferidas pela “empresa” - apenas o lucro.

6 ATENTADO À CONSTITUIÇÃO. HERMENÊUTICA. FINALIDADE DA NORMA

Conforme supramencionado no presente trabalho, a CF/88 veio modificar o que à época vigia quanto à competência tributária do Imposto sobre os Serviços de Comunicação. Anteriormente à hodierna Carta Maior, a competência para instituir imposto sobre as atividades comunicativas era da União em conjunto com os Municípios, porém, a Constituição Republicana de 1998 mudou essa competência, transferindo-a, integralmente, aos Estados.

Ora, se não veio a CF/88 estabelecer a competência Estadual para tributar a integralidade dos serviços comunicativos computados em toda atividade despendida, essencial à sua concretização e em todas as suas nuances, não resta claro para que veio. Utilizar o argumento de que a intenção da norma é retirar da base de cálculo do ICMS-Comunicação a modalidade “acesso” e oferecê-la à incidência do ISS é, no mínimo, inconsistente. A Lei Complementar 87 de

1996 é clara ao estabelecer que, na prestação dos serviços de comunicação, a base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

Logo, é de indagar-se como a Constituição - ao conferir explicitamente ao ICMS a incidência sobre os serviços de comunicação e, mesmo diante da anterior competência tributária dos Municípios em parte dessa atividade, furtar-se a sequer mencionar a mera possibilidade de atribuição ou participação dos Municípios na tributação das atividades de tal natureza - teria a intenção de ofertar à incidência do ISS elementos componentes da base de cálculo do ICMS-Comunicação, os quais são indissociáveis da essência do próprio fato gerador deste (MELO, 1996, p. 98).

Esclarece o *Dicionário Mini Aurélio* (2008), ao elencar o conceito da palavra “preço”: “Quantidade de dinheiro necessária para comprar mercadoria ou serviço; expressão monetária do valor”. Assim, entende-se que é o valor total da mercadoria, ou seja, sem desconto de qualquer natureza.

Ao contratar o serviço de telecomunicação de uma companhia de telefonia, o consumidor paga um valor total que engloba os custos da atividade, adicionados ao lucro auferido com o contrato, de tal modo que é conferido a essa contraprestação o cabível nome de *preço*. Porém, se de tal relação subtraem-se os valores a pagar relativos aos gastos da atividade, pagando-se apenas o equivalente ao lucro, não é interessante para a contratada essa relação.

Constata-se, destarte, que no preço transmitido ao consumidor já está embutido o valor referente aos gastos da atividade, pois, na sua essência, estes são intrínsecos àquele, sendo inviável dissociá-los.

O Supremo Tribunal Federal, em relatório de acórdão do julgado AI 742230 AGR/SP, tratando da imunidade tributária concedida por lei a entidades beneficentes, dispõe o que se segue:

‘Seria atribuir incoerência ao Texto Constitucional’ -acentua na mesma linha o douto Aires Bernadino (Ives Gandra, Coord, **op. cit**, p. 151, 171) - ‘imaginar que ele tenha criado expressamente uma imunidade (a das rendas das entidades de assistência social) impossível de ser aplicada. Se for inviável à manutenção da imunidade o fato de virem a ser prestados serviços (ou obtidas rendas, de qualquer natureza), então o preceito imunitório é vazio, inaplicável, destituído de valor e de razão. A isso levará interpretação não teleológica e que despreze exegese sistemática do § 4º do art. 150.

Nesse sentido, tem-se, no presente caso, semelhante situação, pois qual sentido vislumbra-se na lei instituir dois impostos distintos para um mesmo fato gerador? Desagregando-se da base de cálculo do ICMS-Comunicação o quantum relativo à despesa com a atividade, resta apenas a previsibilidade

fatídica do fato gerador do Imposto de Renda. Destarte, é ilógico atribuir qualquer utilidade à lei interpretada em desprezo à finalidade à qual se propôs.

Em notória convergência à presente lógica, a Ministra Nancy Andrighi, em sede de Recurso Especial tombado sob o nº 1.179.817 - SP (2010/0027683-0), o qual tratava de relação consumerista, sinalizou em seu voto que “Para responder a questão devemos buscar a finalidade da legislação aplicável, a razão teleológica da Súmula 278/STJ e a orientação dos princípios gerais do Direito.”

O Desembargador e professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1989), em dissertação sobre a ciência jurídica hermenêutica e seus métodos de interpretação normativa, dispõe:

A interpretação teleológica supera a lógica formal e dirige sua atenção para o bem jurídico tutelado pela norma, isto é, para o fim que a norma procura alcançar (Bettiol). [...] Recaséns Siches sustenta que o Juiz deve submeter-se à lógica do razoável. Explica as fases por que passa o julgador para chegar à decisão: filtra os fatos, avalia a prova, confronta com a lei, faz *aportes de circunstâncias* extralegais, pondera as conseqüências de sua decisão e, depois de passar e repassar por esse complexo de fatores, chega finalmente à sua conclusão por intuição intelectual, momento em que a questão se esclarece e é fixada uma posição. O Juiz não só aplica a lei, pois nenhuma é completa, só a sentença o é. Julgando, o Juiz tem função criadora, vez que reconstrói o fato, pondera as circunstâncias às quais atribui relevo, escolhe a norma a aplicar e lhe estabelece a extensão. Nesse trabalho, necessariamente faz valorações, que não são as suas pessoais, mas as do ordenamento jurídico. Sendo um criador, o Juiz, no entanto, está submetido à ordem jurídica, recomendando-se-lhe a renúncia no caso de desconformidade irreconciliável entre a sua consciência e a lei (AGUIAR JÚNIOR, 1989, p. 11).

Dessa forma, conclui-se que o método mais adequado de interpretação normativa é o teleológico, a fim de não invadir-se com a interpretação jurisprudencial, aspecto que compete única e exclusivamente ao Poder Legislativo, uma vez que representa a aplicação mais justa e propensa a não macular o consagrado Princípio da Separação dos Poderes.

Portanto, é dever do Poder Judiciário interpretar a norma em conformidade com a intenção para a qual foi proposta, evitando versões normativas divergentes do legislador de forma a praticamente fazer nova lei, distorcendo o conteúdo legal para atender ao que lhe apraz.

Ainda no mesmo sentido, pronuncia-se o renomado Professor Ruy Rosado (1989) conforme o que se segue:

Derecho no es norma, sino conducta normada (Cossio, La Teoria Ecológica dei Derecho), sendo a conduta o objeto do estudo da ciência jurídica. A superação da concepção racionalista percebe-se advertindo que ao jurista não interessa tanto a lei, senão aquilo a que a lei se refere, quer dizer, a conduta dos homens.

O art. 2º da LC 87/96 anuncia que o ICMS incide sobre:

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Em filiação à tese suscitada pelas companhias de telecomunicações, o atual entendimento jurisprudencial preconiza que a interpretação do termo “serviços de comunicação” deve ser entendido em sentido estrito. A título de ilustração, observe-se o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no supracitado acórdão de decisão do STJ (Resp. 402.047):

Há ‘serviço de comunicação’ quando um terceiro, mediante prestação negocial-onerosa, mantém interlocutores (emissor/receptor) em contato ‘por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza’. Os meios necessários à consecução deste fim não estão ao alcance da incidência do ICMS-comunicação. [...] A Lei faz incidir o ICMS sobre ‘serviços de comunicação’, em cujo conceito se inserem os de telecomunicações. A interpretação do art. 2º, III, da LC 87/96, indica que só há incidência de ICMS aos serviços de comunicação ‘*stricto sensu*’, onde não se incluem os serviços meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita. A hipótese de incidência do ICMS-comunicação (LC 87/96; art. 2º, III) não permite a exigência do tributo com relação a atividades meramente preparatórias ao ‘serviço de comunicação’ propriamente dito, como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98. Tais serviços configuram, apenas, meios de viabilidade ou de acesso aos serviços de comunicação. Assim, estão fora da incidência tributária do ICMS.

Data vênia, frise-se que, pelo termo “de qualquer natureza”, resta claro que a legislação factualmente objetivou conceder sentido amplo, isto é, *latu sensu*, e não *stricto sensu*, conforme interpreta o judiciário, e por que não dizer, conforme “legisla” o judiciário.

Os componentes elencados como serviços preparatórios fazem supor que consistem em exatamente todos os custos empenhados na atividade tele-comunicativa, restando, assim, como “serviço de comunicação *stricto sensu*” tão somente o LUCRO resultante, o que seria justamente o valor auferido com a prestação do serviço de comunicação.

É minimamente espantoso admitir como verossímil tal alegação, visto que, estando embutidos todos os gastos com a atividade empresarial nos suprarreferidos “serviços meramente preparatórios”, só resta à incidência do retro imposto o quantum líquido auferido com a atividade telecomunicativa, transfigurando-se, dessarte, o ICMS-Comunicação em Imposto de Renda sobre o serviço comunicativo. Despendendo-se, como consequência, na sucumbência do constitucionalmente consagrado Imposto sobre as operações de prestação de Serviços de Comunicação (IMCS-Comunicação).

7 QUANTO À VALIDADE DOS CONVÊNIOS

Acerca dos convênios interestaduais, disciplina Hugo de Brito Machado (2015):

Os Estados podem, mediante convênio, regular as questões pertinentes a isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS. [...]

Podem também os Estados, mediante convênio, deliberar a respeito de alíquotas do imposto, nos termos do art. 155, §2º, VI, da CF. (MACHADO, 2015, p. 391)

Diante do acima exposto, e tendo em vista que a finalidade dos convênios nº 02 e nº 69 foi, unicamente, esclarecer de forma mais precisa o que a Lei Complementar já determinava, no tocante à modalidade “acesso”, pode-se afirmar que não há qualquer irregularidade.

A própria LC/87 determina que a base de cálculo do ICMS é o preço do serviço. Destarte, não há dúvidas quanto à pertinência de tal elemento figurar como item componente do quantum tributado.

8 INCOMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DO ISS

Aponta o art. 156 da CF: “Compete aos Municípios instituir impostos sobre: III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”.

Indica Leandro Paulsen (2008), em sua obra *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, que “a lista de serviços anexa à LC 116/03 é taxativa, por imposição constitucional e em face da própria redação do art. 1º da LC”:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de

serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Em convergência ao pensamento da natureza não residual do ISS, posiciona-se o ilustríssimo Rui Barbosa Nogueira (1976) ao afirmar que a taxatividade da lista que relaciona a incidência do ISS constitui-se em natural consequência do Princípio da Legalidade Tributária. Segundo Ives Gandra Martins e Fátima Fernandes Souza (2003):

A determinação constitucional de que os serviços tributáveis pelo Município estejam definidos em lei complementar tem por finalidade dar uniformidade ao sistema tributário nacional e evitar conflitos de competência não só entre municípios, mas entre estes e os Estados, tendo em vista a existência de inúmeras situações em que o fornecimento de mercadoria ocorre com prestação de serviços, sem que seja possível distinguir uma atividade da outra; - no cumprimento da função de evitar conflitos de competência, a lei complementar, ao mesmo tempo em que define os serviços passíveis de tributação pelo Município, explicita o regime que deve ser seguido quando tais serviços são prestados juntamente com o fornecimento de mercadorias, de forma a excluir operações mistas. (MARTINS e SOUZA, 2003)

Destarte, é imperiosa não só a factual taxatividade da lista de serviços do ISS, como também a necessidade de sê-la, a fim de resguardar valores normativos básicos, como a uniformidade do sistema tributário nacional e a solução de conflitos de competência.

Preleciona Carlos Maximiliano (2011), ao direcionar o seu estudo hermenêutico especificamente para a devida interpretação das leis fiscais, que:

Tratam-se as normas de tal espécie como se foram rigorosamente *taxativas*; deve, por isso, abster-se o aplicador de lhes restringir ou dilatar o sentido. [...] Não suportam o recurso à analogia, nem a interpretação extensiva; as suas disposições aplicam-se no sentido rigoroso, *estrito*. (MAXIMILIANO, 2011)

Ou seja, é manifesto que a lista de serviços do ISS deve ser interpretada de forma gramaticalmente objetiva. Ademais, conclui-se que, ao falar que a base de cálculo é o *preço*, não se pode estender o sentido da norma, nem tampouco restringi-la, degenerando-a e subtraindo os elementos que compõem o referido “preço”.

Em mesma tese, discorre Walter Gaspar (1997):

O legislador constitucional, ao determinar que os serviços incluídos no campo de incidência do ISS seriam aqueles ‘definidos em Lei Complementar’, quis dizer que qualquer prestação de serviços não contemplada ou não elencada na lista estaria fora do campo de incidência do ISS.

Os serviços não onerados pelo ISS são:

- a) os serviços de transportes interestadual e intermunicipal;
- b) os serviços de comunicações;
- c) todos os serviços não constantes do elenco da lista anexa à Lei Complementar nº 56/87, os quais ou são tributados pela União, ou pelos Estados, ou não são objeto de tributação.

Exemplo: a colocação de tapetes e cortinas, com material fornecido pela empresa que vende a mercadoria, é fato gerador do ICMS, pois o serviço de colocação é parte integrante da circulação de mercadorias (tapete e cortina). O serviço elencado na lista (item 67) é ‘colocação de tapetes e cortinas, com material fornecido pelo usuário final do serviço’. (GASPAR, 1997, p. 19 e 20)

Por fim, conclui-se que, igualmente ao exemplo acima, o “acesso” é parte integrante da prestação do serviço de telecomunicação, mesmo porque, reforçando ainda mais essa linha de pensamento, é válido salientar que não há como contratar qualquer serviço de telecomunicação sem contratar conjuntamente o elemento “acesso”, situação que agrava ainda mais o recaimento do ISS sobre tal modalidade.

9 CONCLUSÃO

“A paixão perverte os magistrados e os melhores homens: inteligência sem paixão – eis a lei” (ARISTÓTELES, 1993).

Hoje, fala-se demasiadamente em reforma tributária e na necessidade de sua ocorrência no cenário jurídico brasileiro. Porém, há de se resguardar em mente que tal competência reformadora é de inerência exclusiva do poder legislativo, não podendo o judiciário, a bel prazer, julgar de forma a criar novas leis, escusados em equivocadas interpretações normativas. É notório que há aí uma situação periclitante, decorrente do poder quase absoluto que o judiciário brasileiro tem arrogado. É necessário não perder de vista a essência da norma e os Princípios basilares ensejadores da sua criação, pois todo arcabouço jurisdicional tem o múnus de guardião normativo e desse dever não deve abster-se.

Em suma, resta claro que é cabível à incidência do ICMS-Comunicação a modalidade “acesso” das atividades comunicativas, elemento *sine qua non* desse serviço, uma vez que o mesmo consiste no canal veiculador da mensagem. Logo, em remate ideológico, é pertinente sintetizar o presente ideário nas palavras do luzido poeta barroco Gregório de Matos Guerra:

O todo sem a parte não é todo,
A parte sem o todo não é parte,
Mas se a parte o faz todo, sendo parte,
Não se diga que é parte sendo todo.
[...]

10 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 16, n. 45, pp. 7-20, mar. 1989.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2013.

ANATEL. **Telebrasil**. Glossário – Coleção Normativa de Telecomunicações. Disponível em: www.telebrasil.org.br/.../239-glossario-de-terminos-tecnicos-de-telecomuni...

ARISTÓTELES. **Política**, Livro III, Capítulo XI. 4. ed. Francesa de Laboulaye.

AROLDO, Gomes de Mattos; BRITO, Edvaldo; MACHADO, Hugo de Brito; MARTINS, Ives Gandra da Silva. ROLIM, João Dácio; MELO, José Eduardo Soares de; GODOI, Marciano Seabra de; DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O ICMS E A LC 87/96**. São Paulo: Dialética, 1996.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Secretaria-Geral da Presidência. Constituição do Brasil de 1967 (anais). Brasília, 1969. 4 v. Disponível em: http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1967/1967%20Livro%206.pdf. Acesso em: 11 de maio de 2015.

CARRAZZA. Roque. **ICMS**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. Não-incidência do ICMS na atividade dos provedores de acesso à internet. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 73, p. 97-104, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERNANDES, Francisco. Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa. 41 ed. Rio de Janeiro: Globo, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: O Dicionário da Língua Portuguesa. 7. ed. Curitiba: Positivo; 2008.

GASPAR, Walter. **ISS Teoria e Prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MATTOS, Aroldo Gomes de. **ICMS: comentários à legislação nacional**. São Paulo: Dialética, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS Teoria e Prática**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1996.

MIRANDA, José Benedito. Prestação de Serviços de Comunicação - Base de cálculo do ICMS. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10648. Acesso em: maio de 2015.

MOURA, André Mendes. **A Tributação dos Serviços de Comunicação: Conflitos de Competência entre Estados (ICMS) e Municípios (ISSQN)**. Disponível em: <http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/11/ISSxICMS-ABDF.pdf>. Acesso em: 08 de maio de 2015.

NOGUEIRA, Rui Barbosa. RT 482/263. In: BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 270.

OBRAS de Gregório de Matos. **Colégio WEB**. Disponível em: <http://www.colegioweb.com.br/barroco/obras-de-gregorio-de-matos.html>. Acesso em: 14 de maio de 2015.

O IMPOSTO sobre serviços de comunicação (ISSC), de competência dos Estados e Distrito Federal. **JUS**, 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3114/o-imposto-sobre-servicos-de-comunicacao-issc-de-competencia-dos-estados-e-distrito-federal#ixzz3aWEwLQ5b>. Acesso em: 14 de maio de 2015.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2008.

Portal Unieducar. VOIP e o ICMS-comunicação. Disponível: <http://www.unieducar.org.br/artigos/VOIP%20e%20o%20ICMS.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

