

REVISTA DA
Escola Superior da Procuradoria-Geral
do Estado de São Paulo

Journal of the State of São Paulo Legal Office's School

Volume 10 – Número 1

Jan / Dez 2019

ISSN 2179-8532



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOÃO DÓRIA
GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

MARIA LIA P. PORTO CORONA
Procuradora-Geral do Estado

BRUNO MACIEL DOS SANTOS
Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CENTRO DE ESTUDOS/ESPGE

**REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
DE SÃO PAULO**

*JOURNAL OF SÃO PAULO STATE'S
ATTORNEY GENERALSHIP SCHOOL*

v. 10 • nº 1 • janeiro / dezembro 2019

ISSN 2179-8532



**PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CENTRO DE ESTUDOS/ESPG**

©2019

A Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP) é uma publicação anual da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. É permitida a reprodução de trechos dos artigos, desde que mencionada a fonte original de publicação.

Tiragem: 100 exemplares

Editor Científico / Scientific Editor

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (até outubro)

Patrícia Ulson Pizarro Werner (a partir de outubro)

Conselho Editorial / Editorial Board

Alexandre Reis Siqueira Freire, Universidade Federal do Maranhão-UFMA, São Luís/MA, Brasil

Alvaro Bereijo, Universidad Autonoma de Madrid, Madrid, Espanha

André Ramos Tavares, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ, Seropédica/RJ, Brasil

Carlos Ari Vieira Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil

Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Dirceu Siqueira Pereira, Centro Universitário de Maringá - PR (UniCesumar), Maringá/PR, Brasil

Dirley da Cunha Júnior, Universidade Federal da Bahia, Salvador/BA, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fábio Palaretti Calcini, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Giselda Hiroshida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Humberto Theodoro Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil

Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Eduardo Miranda, Centro Universitário de Maringá - PR (UniCesumar), Maringá/PR, Brasil

José Reinaldo de Lima Lopes, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Juan Zornoza Péres, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha

Juvêncio Borges da Silva, Associação de Ensino de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto/SP, Brasil

Leo Pepe, Università di Roma Tre, Roma, Itália

Luiz Alberto David Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Margarita de Hegedus, Universidad de Montevideo, Montevideu, Uruguai

Margereete Gresse, University of Washington, Seattle, EUA

Maria Garcia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Helena Diniz, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Nina Beatriz Stocco Ranieri, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Paulo Affonso Leme Machado, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba/SP, Brasil

Rennan Faria Krüger Thamay, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP, São Paulo/SP, Brasil

Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador/BA, Brasil

Rodrigo Valente Giublin Teixeira, Centro Universitário de Maringá - PR (UniCesumar), Maringá/PR, Brasil

Sueli Dallari, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Vasco Pereira da Silva, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Walber Agra, Universidade Federal de Pernambuco – Recife/PE, Brasil

Corpo Editorial/ Publishers

Arlindo Philippi Junior, Universidade de São Paulo/SP, Brasil

Eduardo Carlos Bianca Bittar, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Érika Bechara, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Fernando Dias Menezes de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Guilherme Assis de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, Brasil

José de Melo Alexandrino, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

José Mauricio Conti, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luciana de Toledo Temer Castelo Branco, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Márcio Pugliesi, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Paula Dallari Bucci, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pietro de Jesús Lora Alarcón, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Vidal Serrano Nunes Júnior, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

A RESPGE-SP conta com um grupo permanente de pareceristas formado pelos integrantes do Conselho e do Corpo Editoriais da publicação, bem como por professores e pesquisadores da ESPGE. Além disso, a RESPGE-SP pode convidar especialistas *ad hoc* para análise dos manuscritos.

Secretaria Executiva

Eliane Luz de França

Fernando Augusto dos Santos

Paulo Severo dos Santos

Rafael de Lima Nobre

Thiago Blumer Marangone

E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Revisão de Texto

Heleusa Angélica Teixeira

Projeto Gráfico

Fátima Consales

Editoração

Fatima Regina S. Lima

Impressão e Acabamento

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

Correspondência

Pedidos de permuta devem ser endereçados à ESPGE.

Exchange orders should be addressed to ESPGE.

Normas editoriais disponíveis em:

www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/AcessoHome/estatuto_respge.html

Endereço / Address

Rua Pamplona, 227 – 2º andar

Bela Vista – São Paulo/SP – Brasil

CEP 01405-100

Tel.: +55 11 3286-7020/7005

E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Endereço eletrônico: www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/homeESPGE.aspx

Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo
– Journal of the State of São Paulo Legal Office's School / Escola Superior
da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. – V. 10, nº 1 (2019) – São
Paulo: Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Escola Superior, 2019.

Anual.

Textos multilíngues.

Resumos em português e inglês.

ISSN 2179-8532

2010 (V. 1) (1), 2011 (V. 2) (1), 2012 (V. 3) (1), 2013 (V. 4) (1), 2014 (V. 5)
(1), 2015 (V. 6) (1), 2016 (V. 7) (1), 2017 (V. 8) (1), 2018 (V.9) (1)

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado). Procuradoria-Geral. Escola Superior. II. Journal of the State of São Paulo Legal Office's School.

CDD 340.05

CDU 34(051)

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EQUIPE 2019

Diretoria

Bruno Maciel dos Santos, Procurador do Estado Chefe, Diretor da ESPGE

Coordenação

*Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, Procuradora do Estado Assistente,
Coordenadora-geral da ESPGE.*

Conselho Curador

2019

Ana Carolina Ferreira de Souza; André Luiz dos Santos Nakamura; Bruno Maciel dos Santos (Chefe do Centro de Estudos e Diretor da ESPGE, membro nato); Bruno Lopes Megna; Consuelo Yatsuda Moromisato Yoshida; Fábio André Uema Oliveira; Luis Claudio Ferreira Cantanhede; Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira (Coordenadora-geral da ESPGE, membro nato); Mônica de Almeida Magalhães Serrano; Patrícia Ulson Pizarro Werner.

EQUIPE DE COORDENADORES E MONITORES

Contabilidade, Orçamento e Finanças

Coordenador de Contabilidade Orçamento e Finanças

Carlos Eduardo Teixeira Braga

Direito do Estado

Coordenadores de Direito do Estado

André Luiz dos Santos Nakamura (PGE); Eugenia Cristina Cleto Marolla; Fábio André Uema Oliveira; Haroldo Pereira; Fabio Mauro de Medeiros (AGU)

Sub-Coordenadora

Mirian Regina Cabral Aurélio

Monitores de Direito do Estado

Alessandra Obara Soares da Silva; André Luiz dos Santos Nakamura (PGE); Camila Rocha Cunha Viana (PGE); Christianne Mina Falsarella; Dimitri Brandi de Abreu (AGU); Julia Maria Plenamente Silva; Rafael Michelsohn (AGU)

Funcionários da ESPGE

Eliane Luz de França, Fernando Augusto dos Santos, Paulo Severo dos Santos, Rafael de Lima Nobre, Thiago Blumer Marangone.

SUMÁRIO

Editorial	13
------------------------	----

Contabilidade, Orçamento e Finanças Públicas

A vinculação da receita de impostos para manutenção e desenvolvimento do ensino no estado de São Paulo	15
---	----

Adriana Mazieiro Rezende; Rosana Martins Kirschke; Suzana Soo Sun Lee

Cassação de aposentadoria e compensação financeira entre regimes previdenciários	31
---	----

Eraldo Ameruso Ottoni

Contabilização de passivos e provisões pelo estado de São Paulo: estudo de caso do contrato da parceria público-privada da fundação para o remédio popular	49
---	----

André Rodrigues Junqueira

Direito Ambiental

As unidades de conservação e a importância para a proteção da biodiversidade: um levantamento das novas unidades de conservação particulares reconhecidas pelo Estado de São Paulo desde a 10ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica (COP-10) e a correlação entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e as Metas de Aichi com os programas desenvolvidos pelo Estado de São Paulo para incentivar a criação e a gestão eficiente das Reservas Particulares do Patrimônio Natural	61
--	----

Jéssica de Carvalho Hipólito

Direito do Estado

Arbitragem tributária – Análise dos pressupostos e da possibilidade de implementação no Brasil	87
---	----

Fernanda Cimbra Santiago

Dano ambiental: Da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário	119
---	-----

Layla Kataline de Oliveira

O dever fundamental de pagar impostos e a educação tributária	153
--	-----

Marcia Amaral Freitas

O regime jurídico dos convênios administrativos 191
Juliana de Oliveira Costa Gomes Sato

Autores Convidados

A mediação de conflitos como instrumento de justiça ambiental 221
Flávia Vieira de Resende; Humberto Gomes Macedo

Aproximación a la sentencia de conformidad en el proceso penal 239
Juan Carlos Ferré Olivé; Isabel Morón Pendás

**Elementos estructurales y culturales de la conducta sexual violenta,
de agresores sexuales, en casos de violación 271**
Rocío Delfina García Moreno; Gil David Hernández Castillo;
Rogelio Barba Álvarez

Elementos da governabilidade nos centros mexicanos de reinserção social 297
Anayely Mandujano Montoya

**Prescrição intercorrente e a duração razoável do processo administrativo
em âmbito municipal e estadual 315**
Kristian Rodrigo Pscheidt

Transposição de cargos públicos: consequências e aspectos relevantes 327
Tatiane Ribeiro Melo

EDITORIAL

A Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo – RESPGE-SP chega ao seu décimo volume.

O lançamento deste volume consolida a RESPGE-SP como um importante meio de divulgação do conteúdo produzido pelos alunos e professores dos cursos de especialização e extensão da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, além de contar com textos de juristas renomados no Brasil e no exterior, contribuindo sobremaneira para que a ESPGE-SP exerça de forma honrosa a sua função de especializar a advocacia estatal e difundir o conhecimento jurídico¹.

Por essa razão, antes de apresentar este volume ao leitor, gostaríamos de resgatar um pouco do sentimento impresso no lançamento do 1º volume da Revista, período em que a ESPGE esteve sob a direção da competente procuradora do estado, Patrícia Ulson Pizarro Werner, também editora científica da RESPGE-SP.

Destacava a então diretora, a imensa satisfação ao apresentar o primeiro número da RESPGE-SP, que teria a incumbência de *divulgar o conhecimento científico, nacional e estrangeiro, produzido no campo das Ciências Jurídicas [...]²*, apontando, também, que *O processo de criação desse primeiro número foi uma grande lição para nós, principalmente diante de atender às exigências para a publicação de um documento de padrão internacional.*³

A publicação deste volume comprova que os objetivos traçados pelos idealizadores da revista foram plenamente atingidos, sendo ela reconhecida e festejada no meio acadêmico e profissional.

De outro lado, a dificuldade de atendimento das exigências para a publicação da revista persiste, além da constante busca pela modernização e adequação de seu formato às necessidades atuais.

Não bastasse a própria evolução dos meios de comunicação, a desafiar a elaboração da revista, especificamente na área do Direito Público, principal enfoque da RESPGE-SP, as inovações foram significativas nos últimos anos.

Parte dessas novidades são tratadas no volume que agora chega ao público, como a arbitragem tributária e a mediação de conflitos como instrumento de justiça ambiental.

Há também temas de extrema relevância para a Administração Pública na área contabilidade, orçamento e finanças públicas, que foram objeto de aprofundados estudos em cursos de extensão e especialização, resultando valiosos textos

¹ Art. 48 da lei complementar nº 1.270/2015 (Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo).

² Editorial da RESPGE-SP vol. 1, n.1, jan/dez/2010, p. 12.

³ Op.cit.

sobre a vinculação da receita de impostos para manutenção e desenvolvimento do ensino no estado de São Paulo, cassação de aposentadoria e compensação financeira entre regimes previdenciários e um estudo de caso sobre contabilização de passivos e provisões pelo estado de São Paulo em contrato de parceria público-privada de fundação para o remédio popular.

Além da importância temática, registre-se que todos os textos que compõem a presente edição foram rigorosamente avaliados por professores pareceristas, em sistema de duplo cego, o que demonstra o cuidado da equipe com a qualidade do material ora apresentado.

Desejamos uma excelente leitura e vida longa à RESPGE-SP!

BRUNO MACIEL DOS SANTOS

Procurador do estado chefe do Centro de Estudos
Diretor da ESPGE

A VINCULAÇÃO DA RECEITA DE IMPOSTOS PARA MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO NO ESTADO DE SÃO PAULO

The binding of tax revenue for maintenance and development of education in the state of São Paulo

Adriana Mazieiro Rezende¹

Rosana Martins Kirschke²

Suzana Soo Sun Lee³

SUMÁRIO Introdução. 1. Da peculiaridade normativa do estado de São Paulo. 2. Do sentido técnico-jurídico da Expressão “despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino”. 3. Do demonstrativo da aplicação de recursos na manutenção e desenvolvimento do ensino à luz das informações e princípios contábeis. Conclusões. Referências.

RESUMO O presente trabalho se propõe a examinar o cumprimento, pelo estado de São Paulo, da determinação constitucional de aplicação de percentual da receita resultante de impostos na manutenção e no desenvolvimento do ensino fixado pela Constituição Federal, destinando-se as despesas relativas aos inativos da Educação e à insuficiência financeira a fazer o percentual residual cobrado pela Constituição Estadual.

Palavras-chave: Vinculação. Impostos. Ensino.

ABSTRACT The present study aims to examine the compliance by the state of São Paulo with the constitutional determination of the application of a percentage of revenue from taxes in the maintenance and development of education established by the Federal Constitution, with expenditures related to inactive education and to the financial insufficiency to make up the residual percentage charged by the State Constitution.

Keywords: Binding. Tax. Education.

INTRODUÇÃO

Em um cenário de déficit fiscal e lenta recuperação da grave crise econômica que atingiu o país nos últimos anos, a discussão que está na ordem do dia é o papel do orçamento para garantir o planejamento e a qualidade dos gastos públicos.

¹ Procuradora do estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE).

² Procuradora do estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

³ Procuradora do estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE).

Regis Fernandes de Oliveira observa que “a decisão de gastar é, em essência política. [...] Programados os recursos e elaborada a estimativa de seu quantum, resta a opção, entre inúmeras finalidades estatais, em que gastar e como fazê-lo”.⁴

Parte da opção é limitada pelo legislador constituinte que, entre os valores consagrados na Constituição Federal, deliberou privilegiar com a vinculação da receita de impostos os investimentos em educação (artigo 212) e saúde (artigo 198, § 2º, II e III – incluídos pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

A Constituição Federal, por meio de dispositivos transitórios e, posteriormente, por emendas constitucionais, também destinou recursos ao atendimento de determinados fundos (artigos 60, 71, 72, 79, 80, 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT) e previu a obrigatoriedade do pagamento de débitos decorrentes de ações judiciais movidas contra o Poder Público, após seu trânsito em julgado (artigo 100).

A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 Lei de Responsabilidade Fiscal prevê que será privilegiado, também, o pagamento das despesas que constituam obrigações legais do ente⁵, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias, isentando tais despesas da limitação de empenho e movimentação financeira decorrente da verificação de que a receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais (artigo 9º, *caput* e § 2º).

Acresçam-se as receitas que são criadas para atendimento de determinado fim (como as contribuições sociais e as taxas). Não à toa, os especialistas afirmam que, na verdade, o espectro de opção dos Poderes Executivo e Legislativo por ocasião da elaboração das leis orçamentárias, em especial a Lei Orçamentária Anual (a que orça a receita e fixa as despesas para cada exercício), é restrito, uma vez que “despesas obrigatórias, como aposentadoria e folha de pagamento, consomem hoje 91% do Orçamento, percentual que deve chegar a 98% em 2021”⁶, mantida a situação vigente⁷.

⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 3ª edição, rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 286.

⁵ Como, por exemplo, o pagamento dos vencimentos dos servidores públicos e proventos de aposentadoria e pensão dos regimes geral e próprios da Previdência Social.

⁶ Trecho de reportagem veiculada no jornal *O Estado de S. Paulo*, em 29 de novembro de 2018 – 4h: *Equipe de Guedes prepara proposta para destruir gastos do Orçamento*; jornalistas: Idiana Tomazelli e Adriana Fernandes. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,equipe-de-guedes-prepara-proposta-para-destruir-gastos-do-orcamento,70002625734>>. Acesso em 2 dez. 2018.

⁷ Com o objetivo de atenuar o que se chama de engessamento das contas públicas, o Governo Federal tem obtido autorização do Congresso Nacional, via emenda à parte transitória da Constituição Federal (artigo 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT), para desvincular parte de sua receita. A Emenda Constitucional nº 93, de 8 de setembro de 2016, além de prorrogar a desvinculação, até 31 de dezembro de 2023, de 30% da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data; de forma inédita, estabeleceu, no mesmo percentual e prazo, a desvinculação de receitas dos estados, Distrito Federal

O presente trabalho propõe-se a examinar o cumprimento, pelo estado de São Paulo, da determinação constitucional de aplicação de percentual da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino, tendo em vista as peculiaridades das normas estaduais; as recomendações constantes dos pareceres do Tribunal de Contas do Estado, emitidos nos termos do inciso I do artigo 33 da Constituição do Estado de São Paulo, sobre as contas apresentadas pelo governador para os exercícios de 2016 e 2017, no que se refere à aplicação de recursos no ensino público; e o ajuizamento, pelo procurador-geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, de ação direta de inconstitucionalidade em face dos artigos 26, I, e 27 da Lei Complementar estadual nº 1.010, de 1ª de junho de 2007 (ADI 5719). Ao final, uma análise crítica dos demonstrativos apresentados nos balanços gerais do estado à luz das informações e princípios contábeis.

1. DA PECULIARIDADE NORMATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O constituinte originário elegeu o ensino como valor prioritário a ser alcançado pelo Estado e assim estabeleceu que a “*União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os estados, o Distrito Federal e os municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino*” (artigo 212, CF)⁸.

A Constituição do Estado de São Paulo ampliou a dotação orçamentária definida pela Constituição Federal para a manutenção e ampliação do ensino público para, no mínimo, 30% (trinta por cento) da receita resultante de impostos, incluídos os recursos provenientes de transferências, estabelecendo que as despesas que se caracterizem como manutenção e desenvolvimento do ensino serão definidas em lei (artigo 255, *caput* e parágrafo único).

A área consultiva da Procuradoria-Geral do Estado, por meio da Procuradoria Administrativa, emitiu opinativo⁹ sustentando a inconstitucionalidade do artigo 255 da Constituição Paulista por: (i) ofensa ao disposto no artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal, que proíbe a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo

e municípios, relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, com exceções, entre as quais destacam-se a manutenção da vinculação dos recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198 e o art. 212 da Constituição Federal (artigos 76, 76-A e 76-B do ADCT).

⁸ A propósito, Regis Fernandes de Oliveira observa que “o valor maior encampado pelo constituinte originário foi o do ensino. Privilegiou-o inequivocamente com a maior dotação orçamentária e estabeleceu exceção ao princípio da não vinculação orçamentária. A decisão cabia exclusivamente ao órgão originário que instaurou a Constituição, sendo-lhe lícita tal opção, por não estar restrito a qualquer força anterior, nem limitado por qualquer outra que lhe fosse superior”. (*ob. cit.*, p. 287).

⁹ Parecer PA nº 146/2003.

ou despesa fora das hipóteses expressamente previstas no mesmo dispositivo¹⁰; e (ii) ofensa aos artigos 84, XXIII, e 165, I a III, da Constituição Federal que reserva ao Poder Executivo a iniciativa para elaboração das leis orçamentárias, e consequente violação do princípio da separação e independência dos Poderes.

A propósito da iniciativa do processo legislativo em matéria orçamentária Alexandre de Moraes, com apoio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anota que “... a regra de iniciativa privativa do Poder Executivo para os projetos de lei referentes à matéria orçamentária é obrigatória para estados e municípios”¹¹, de sorte que as constituições estaduais e leis orgânicas municipais não podem alterá-la ou por qualquer meio tolhê-la ou subtraí-la

O entendimento da Procuradoria Administrativa da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo está alinhado com o do Supremo Tribunal Federal, pois referida Corte já julgou inconstitucional disposição similar da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, conforme pode ser observada na ementa do acórdão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VINCULAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS A SETORES DA POLÍTICA EDUCACIONAL. ARTS. 309, § 1º, 314, CAPUT E §§ 2º E 5º, E 332 DA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º, 5º, 61, § 1º, INC. II, AL. B, 165 e 212 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou serem inconstitucionais normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, por desrespeitarem a vedação do art. 167, inc. IV, da Constituição da República, e restringirem a competência constitucional do Poder Executivo para a elaboração das propostas de leis orçamentárias. Precedentes.

2. As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, incluída a definição de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes. [...]

5. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 309, § 1º, e 314, caput, § 5º, e da expressão “e garantirá um percentual mínimo de 10% (dez por cento) para a educação especial”, da parte final do § 2º do art. 314, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro,

¹⁰ Art. 167. São vedados: [...] IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19/1/2003.)

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*, 34ª edição, São Paulo: Atlas, 2018, p. 699-700.

e, por arrastamento, das expressões “à UERJ e”, “306, § 1ª (atual 309), e” e “e, na hipótese da UERJ, sobre a sua receita tributária líquida” do art. 1ª da Lei fluminense nº 1.729/1990 e do art. 6ª da Lei estadual nº 2.081/1993.

(ADI 4102, relator(a): min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2014, acórdão eletrônico DJe-027 DIVULG 9/2/2015 PUBLIC 10/2/2015).

Situação diversa se colocaria, com observância das regras fixadas na Constituição Federal (especialmente para iniciativa e emenda), se a lei orçamentária estadual previsse a aplicação de recursos para manutenção e ampliação do ensino público em percentual superior à vinculação prevista no artigo 212 da Carta Magna.

Todavia, não se tem conhecimento de ter sido ajuizada ação, pelo governador do estado ou outro legitimado, questionando a constitucionalidade do artigo 255 da Constituição Paulista¹².

2. DO SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO DA EXPRESSÃO “DESPESAS COM MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO”.

Para aferir a correção da aplicação dos recursos é necessário primeiro definir o sentido técnico-jurídico da expressão “despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Os artigos 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB (Lei federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996) definem, respectivamente, as despesas que são incluídas e excluídas da manutenção e desenvolvimento do ensino.

Adicionalmente, a Lei Complementar nº 1.010, de 1ª de junho de 2007, que “dispõe sobre a criação da São Paulo Previdência (SPPREV), entidade gestora do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS) e do Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo (RPPM)”, prevê que os valores dos benefícios pagos pela SPPREV serão “computados para efeito de cumprimento de vinculações legais e constitucionais de gastos em áreas específicas” (artigo 26, I).

Muitos entes da Federação têm computado os gastos com pagamentos de inativos da área da educação para perfazer o percentual mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) da aplicação de receitas de impostos como despesas de manutenção e desenvolvimento de ensino. Ao procederem dessa forma utilizam o argumento de que o artigo 70, I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, ao permitir o cômputo de gasto de pessoal com despesas de manutenção e de desenvolvimento de ensino, não faz distinção entre vencimentos ou proventos e não teria vedado, expressamente, o cômputo das despesas com inativos.

¹² Tampouco se tem notícia da existência de Proposta de Emenda à Constituição que busque adequar esse dispositivo à Constituição Federal.

Esse posicionamento tem sido discutido em juízo. A União tem inscrito esses estados nos seus cadastros de inadimplência (Cauc/Siaf), em razão do descumprimento da aplicação, em educação, do percentual mínimo de 25% da receita de impostos, o que, por sua vez, tem provocado o ajuizamento de diversas ações cíveis originárias, com pedidos de liminares pelos estados no Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de reconhecer a legalidade do seu proceder e a retirada dos entes da Federação do Cauc/Siaf.¹³

O Supremo Tribunal Federal vinha concedendo liminares para determinar o cancelamento das inscrições desses estados no Cauc/Siaf, mas tais decisões fundavam-se, sobretudo, em aspectos formais atinentes à não observância do devido processo legal e das garantias do contraditório e da ampla defesa pela União no procedimento da inscrição. Decisões mais recentes da Corte Constitucional têm revelado a posição de não permitir que despesas com pagamento de inativos da área da educação sejam computadas para atingir o percentual constitucional mínimo de 25% como gastos com manutenção e desenvolvimento, como ilustram as decisões proferidas pelo ministro Roberto Barroso na ACO 3.131 e pelo ministro Dias Toffoli na ACO 2.799.

Ademais, a Procuradoria-Geral da República tem ajuizado ações diretas de inconstitucionalidade contra leis e outros atos normativos os quais autorizam que sejam computados no piso constitucional da educação (25% - vinte e cinco por cento), os recursos utilizados para pagamento de benefícios previdenciários a inativos (ADI 5.691 e 5.546, pendentes de julgamento).

À semelhança do que ocorreu com outros estados, a Procuradoria-Geral da República – a partir de representação do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo¹⁴ – ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face dos artigos 26, inciso I, e 27, parágrafo único, da Lei Complementar estadual nº 1.010, de 1º de junho de 2007, que “*dispõe sobre a criação da São Paulo Previdência (SPPREV), entidade gestora do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS) e do Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo (RPPM)*” (ADI nº 5.719¹⁵).

O procurador-geral da República sustenta que as normas em tela, ao autorizarem o estado de São Paulo a contabilizar despesas de pagamento de benefícios previdenciários a inativos – tanto sob a forma de custeio direto por meio de pensões ou aposentadorias, quanto por cobertura de déficit financeiro dos regimes previdenciários próprios – nas despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, (i) invadem a competência legislativa privativa da União para dispor sobre diretrizes e bases da educação nacional e fixar norma geral sobre educação (artigos 22,

¹³ A exemplo das ações cíveis originárias: ACO 3.078/DF, ACO nº 3.107/TP, AC 2.395- MC/PB e ACO 301.

¹⁴ Ofício nº 402/2016 – GPGC – que constitui um dos elementos de instrução do processo digital da ADI 5.719.

¹⁵ Ação, com pedido liminar, foi distribuída ao ministro Edson Fachin, que adotou o rito previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999.

XXIV, e 24, IX e § 1º, da Constituição Federal); (ii) desrespeitam a destinação constitucional prevista no artigo 212, *caput*, da Constituição Federal, e o artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988, na redação da Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006; e (iii) de forma não explicitada, incorreria na violação da proibição de vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa (artigo 167, IV, da Constituição Federal).

Porém, diferentemente do que ocorre em outros entes da Federação, os valores dos benefícios pagos pela SPPREV para inativos da Educação têm sido computados pelo estado de São Paulo apenas para alcançar a *diferença* percentual entre o limite mínimo de aplicação em despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino público estabelecido pela Constituição Federal (vinte e cinco por cento) e aquele que decorre da exigência fixada na Constituição Paulista (trinta por cento). Em outras palavras: os gastos com inativos e com as insuficiências do regime previdenciário próprio dos servidores públicos têm sido computados como gastos em educação apenas para atingir o *plus* de 5% (cinco por cento) estabelecido na Constituição Estadual¹⁶.

Cabe observar que, quando a Constituição Paulista foi editada, estava em vigor a Lei federal nº 7.348, de 24 de julho de 1985, que no seu artigo 6º, § 1º, alínea “g”¹⁷, admitia de modo inequívoco o cômputo das despesas com manutenção de inativos e pensionistas da área de educação.

Com a superveniência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, 20 de dezembro de 1996), que não mais explicitou tal possibilidade, emergiu a necessidade de incluir a previsão em norma estadual, o que se fez por meio do já mencionado artigo 26, I, da Lei Complementar nº 1.010, de 2007.

Desse cenário normativo, fica claro que o estado de São Paulo observa a competência legislativa da União para dispor sobre diretrizes e bases da educação nacional e para estabelecer normas gerais em matéria de ensino (artigos 22, inciso XXIV; e 24, inciso IX e §§ 2º e 4º, da Constituição Federal) e, assim, o previsto nos artigos 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação no que se refere à aplicação do percentual de 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante de impostos,

¹⁶ Esse ponto foi objeto de análise e demonstração detida pelo Tribunal de Contas do Estado, por ocasião da análise das contas do governador relativas aos exercícios de 2016 e 2017, sendo certo que os conselheiros relatores, com base na instrução dos autos inclusive a simulação efetuada pela equipe de inspeção da Diretoria de Contas do governador –, constataram, após a exclusão dos valores autorizados pelo artigo 26, I, da Lei Complementar nº 1.010, de 2007, o atendimento ao disposto na regra do artigo 212 da Constituição Federal, ou seja, a aplicação de 25% (vinte e cinco por cento) da receita de impostos para manutenção e desenvolvimento do ensino.

¹⁷ *Verbis*: “Art. 6º Os recursos previstos no caput do art. 1º desta Lei destinar-se-ão ao ensino de todos os graus regular ou ministrado pela via supletiva amplamente considerada, aí incluídas a educação pré-escolar, a educação de excepcionais e a pós-graduação. § 1º Consideram-se despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino todas as que se façam, dentro ou fora das instituições de ensino, com vista ao disposto neste artigo, desde que as correspondentes atividades estejam abrangidas na legislação de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e sejam supervisionadas pelos competentes sistemas de ensino ou ainda as que: (...) g) decorram da manutenção de pessoal inativo, estatutário, originário das instituições de ensino, em razão de aposentadoria.”

compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (artigo 212 da Constituição da República).

No que se refere ao atendimento do percentual de 30% (trinta por cento) estipulado no artigo 255 da Constituição do Estado — no regular exercício de sua autonomia e com fundamento no artigo 25, § 1º da Carta Magna —, considera-se para o cômputo dos 5% (cinco por cento) adicionais os valores despendidos em conformidade com o previsto no artigo 26, I, da Lei Complementar estadual nº 1.010, de 2007.

Nesse sentido, foram as informações prestadas pelo governador do estado na ADI 5.719, por meio da qual pleiteou-se, em síntese, a interpretação conforme a Constituição Federal: (i) aos artigos 26, I, e 27 da Lei Complementar estadual nº 1.010, de 2007, observando sua inaplicabilidade para o cômputo da vinculação constitucional de 25% (vinte e cinco por cento) das receitas dos impostos com gastos de educação, prevista no artigo 212 da Constituição da República, mas sim para fazer frente à destinação adicional prevista no artigo 255 da Constituição Estadual, de modo a perfazer o percentual total de 30% (trinta por cento) nele estabelecido; e, (ii) subsidiariamente, ao artigo 255 da Constituição do Estado de São Paulo, de modo a possibilitar o disciplinamento em lei estadual específica prevendo a inclusão dos gastos com inativos, unicamente para o montante que excede os 25% (vinte e cinco por cento) fixados pelo artigo 212 da Constituição Federal.

Cabe observar que a advogada-geral da União, ao se manifestar nos autos da ADI 5.719, conforme o previsto no artigo 103, § 3º da Constituição Federal, tendo em vista a peculiaridade do artigo 255 da Constituição do Estado de São Paulo, acolheu os argumentos apresentados pelo governador do estado:

É que, conforme esclarecido nas informações prestadas pelo governador daquela unidade federativa, a Constituição do Estado de São Paulo possui norma peculiar, contemplada em seu artigo 255, que estabelece o nível mínimo de investimento em manutenção e desenvolvimento do ensino em patamar de 30% (trinta por cento), ou seja, significativamente superior ao padrão nacional, de 25% (vinte e cinco por cento).

A informação é relevante para o julgamento da presente causa. Isso porque parece fora de dúvida que o âmbito de aplicação das normas gerais previstas nos artigos 70 e 71 da Lei nº 9.394/1996 circunscreve-se ao preenchimento da norma do artigo 212, caput, da Constituição Federal. Para fins de cumprimento do piso imposto por essa norma constitucional, os gastos previdenciários não podem, de fato, ser considerados, tal como demonstrado ao longo da presente manifestação.

Todavia, caso o investimento estadual em educação seja suficiente para satisfazer os padrões mínimos estipulados na Carta da República, a aferição de outro patamar - exigível exclusivamente por força do ordenamento estadual - não se vincula aos critérios previstos na legislação federal, podendo ser apurado mediante regras diversas, em graduação a ser estabelecida pelo ente local, segundo sua autonomia.

Tendo em vista essa excepcionalidade, o pedido subsidiário manifestado nas informações do governador do estado de São Paulo consubstancia solução plausível

para preservar, a um só tempo, o campo de competência da União e a autonomia política do estado membro. [...]

Nesse sentido, a técnica de decisão a ser aplicada ao caso deve promover a declaração de inconstitucionalidade parcial dos dispositivos atacados, para, sem redução de texto, excluir sua aplicação apenas para fins de cômputo do piso mínimo nacional estipulado pelo artigo 212, caput, da Constituição Federal.

3. DO DEMONSTRATIVO DA APLICAÇÃO DE RECURSOS NA MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO À LUZ DAS INFORMAÇÕES E PRINCÍPIOS CONTÁBEIS

O Demonstrativo das Receitas e Despesas com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino - MDE obedece às regras de conteúdo e periodicidade previstas no artigo 165, § 3º da Constituição Federal¹⁸, artigo 72 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação¹⁹ e artigo 52 da Lei Complementar nº 101, de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal²⁰, e demonstra o cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação, um dos requisitos para efetivação de transferência voluntária (artigo 25, § 1º, IV, “b”, da LRF)²¹.

O Manual de Demonstrativos Fiscais - MDF, aplicado à União, aos estados, Distrito Federal e municípios²², traz orientações para elaboração do Demonstrativo das Receitas e Despesas com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, observando que seu objetivo é:

¹⁸ Constituição Federal: “Art. 165 [...] § 3º O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.”

¹⁹ Lei de Diretrizes e Bases da Educação: “Art. 72. As receitas e despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino serão apuradas e publicadas nos balanços do Poder Público, assim como nos relatórios a que se refere o § 3º do art. 165 da Constituição Federal.”

²⁰ Lei de Responsabilidade Fiscal: “Art. 52. O relatório a que se refere o § 3º do art. 165 da Constituição abrangerá todos os Poderes e o Ministério Público, será publicado até trinta dias após o encerramento de cada bimestre e composto de: I - balanço orçamentário, que especificará, por categoria econômica, as: a) receitas por fonte, informando as realizadas e a realizar, bem como a previsão atualizada; b) despesas por grupo de natureza, discriminando a dotação para o exercício, a despesa liquidada e o saldo; II - demonstrativos da execução das: a) receitas, por categoria econômica e fonte, especificando a previsão inicial, a previsão atualizada para o exercício, a receita realizada no bimestre, a realizada no exercício e a previsão a realizar; b) despesas, por categoria econômica e grupo de natureza da despesa, discriminando dotação inicial, dotação para o exercício, despesas empenhada e liquidada, no bimestre e no exercício; c) despesas, por função e subfunção. § 1º Os valores referentes ao refinanciamento da dívida mobiliária constarão destacadamente nas receitas de operações de crédito e nas despesas com amortização da dívida. § 2º O descumprimento do prazo previsto neste artigo sujeita o ente às sanções previstas no § 2º do art. 51.”

²¹ Lei de Responsabilidade Fiscal: “Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde. § 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias: [...] IV - comprovação, por parte do beneficiário, de: [...] b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde; [...]”

²² 9ª Edição (válido a partir do exercício de 2019), disponível em <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/mdf>>. Acesso em 2 dez. 2018.

demonstrar e avaliar o cumprimento dos limites mínimos de aplicação em MDE, do percentual da receita de impostos destinada ao Fundeb, do limite mínimo de aplicação dos recursos do Fundeb na remuneração do magistério da educação básica, bem como apresentar informações para fins de controle pelo governo e pela sociedade.

Vejamos a aplicação prática de tais orientações.

Segundo as Contas do Exercício de 2016²³, foi aplicado no referido exercício o valor de R\$ 35.366.067.853,00 (trinta e cinco bilhões, trezentos e sessenta e seis milhões, sessenta e sete mil e oitocentos e cinquenta e três reais)– deduzidas as glosas feitas pela fiscalização –, o que representaria 31,4% da receita resultante de Impostos e Transferências Federais, abatida a parte relativa a transferências de impostos estaduais (ICMS e IPVA) a municípios.

Por sua vez, as Contas do Exercício de 2017²⁴ mostram que o montante investido no ensino teria sido na ordem de R\$ 37.295.221.837,00 (trinta e sete bilhões, duzentos e noventa e cinco milhões, duzentos e vinte e um mil e oitocentos e trinta e sete reais) , o que equivaleria a 31,46% da receita líquida do estado.

Em ambos os balanços, a Contadoria-Geral do Estado singelamente assinala que o estado cumpre o percentual fixado na Constituição Estadual, na ordem de 30% (art. 255).

Ainda segundo os demonstrativos, há somente menção ao valor total da despesa líquida na “Função 12 – Educação”, subdividido em “Administração Direta e Indireta”, sem indicação de mais detalhes dos valores relativos aos gastos com os inativos da pasta da Educação, bem ainda da insuficiência financeira do regime próprio, despesas essas que sabidamente compõem o percentual mínimo constitucionalmente exigido e que é objeto de debate nos órgãos de controle.

Há que se apontar, primeiro, que os demonstrativos ora em exame se mostram em descompasso àqueles apresentados como modelo no Manual de Demonstrativos Fiscais. Com efeito, deveria o estado de São Paulo elaborar demonstrativos com maior grau de elementos e informações, como revela aquele exibido no item 03.08.05.02 do MDF, aplicável aos estados²⁵.

²³ Disponível em <<https://portal.fazenda.sp.gov.br/acesoinformacao/Downloads/Demonstrações-Contábeis/Demonstrativos%20Cont%C3%A1beis%20-%20Balan%C3%A7o%20Geral%20do%20Estado%20-%202016%20-%20Atualizado.pdf>>.

<<https://portal.fazenda.sp.gov.br/acesoinformacao/Paginas/Demonstrativo-de-Aplicação-de-Recursos-na-educacao.aspx>>. Acesso em 2 dez. 2018.

²⁴ Disponível em <<https://portal.fazenda.sp.gov.br/acesoinformacao/Downloads/Demonstrações-Contábeis/BalancoGeraldoEstado202017.pdf>>. P. 249. Acesso em 2 dez. 2018.<<https://portal.fazenda.sp.gov.br/acesoinformacao/Paginas/Demonstrativo-de-Aplicação-de-Recursos-na-educacao.aspx>>. Acesso em 2 dez. 2018.

²⁵ 9ª edição; p. 282 e ss.

Há, ainda, dado relevante. Muito embora não se permita o cômputo das despesas de gastos com inativos e pensionistas da educação para fins do limite constitucional com ensino, o Manual de Demonstrativos Fiscais **admite** a contabilização da contribuição patronal ao Regime Próprio de Previdência Social referente ao pessoal ativo da área da educação para os mesmos fins²⁶. Não é possível concluir, pelos dados apresentados nos demonstrativos, se o estado estaria valendo-se dessa faculdade, computando-se tais despesas para perfazer o percentual mínimo constitucional de 25%.

Inferese, pois, que, além de se mostrar desalinhado ao modelo proposto pelo Manual de Demonstrativos Fiscais, o demonstrativo lacunoso – relativo aos recursos despendidos na Manutenção e Desenvolvimento do Ensino – não atende às características qualitativas de um registro contábil. Com efeito, o objetivo da elaboração de uma informação contábil é fornecer informação útil para os usuários “para fins de prestação de contas e responsabilização (*accountability*) e tomada de decisão”, segundo preceitua o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP)²⁷.

Logo, muito embora tenha se pretendido detalhar em Notas Explicativas a execução orçamentária do estado, o demonstrativo da aplicação de recursos no ensino²⁸ resente-se de mais detalhamentos, como a indicação das competentes rubricas relativas ao pagamento de inativos, bem ainda a insuficiência financeira, não atendendo à **representação fidedigna** de uma informação contábil, a qual deveria ser “completa, neutra e livre de erro material”. Segundo o MCASP, “para ser útil como informação contábil, a informação deve corresponder à representação fidedigna dos fenômenos econômicos e outros que se pretenda representar”²⁹.

A insuficiência das informações igualmente viola a característica qualitativa da **verificabilidade**, que se traduz na “qualidade da informação que ajuda a assegurar para os usuários que a informação contida nas demonstrações contábeis representa fielmente os fenômenos econômicos ou de outra natureza que se propõe a representar”³⁰.

As Notas Explicativas integram as demonstrações contábeis e prestam-se a **complementá-las** (vide, nesse tocante, o preceituado no art. 176, § 4º, da Lei federal

²⁶ 9ª edição; p. 335: “Portanto, a partir do exposto acima, e considerando a interpretação conjunta dos artigos 37 e 40 da Constituição, os arts. 70 e 71, da LDB, e o art. 22 da Lei nº 11.494/07, conclui-se que, para fins do limite constitucional com MDE, devem-se considerar apenas as despesas destinadas à remuneração e ao aperfeiçoamento dos profissionais em educação que exerçam cargo, emprego ou função na atividade de ensino, excluindo-se, por conseguinte, as despesas que envolvam gastos com inativos e pensionistas, pois a lei faz distinção entre as espécies de rendimento: remuneração, proventos e pensões. As despesas com inativos e pensionistas devem ser mais apropriadamente classificadas como Previdência. A contribuição patronal ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores – RPPS referente ao pessoal ativo da área da educação deve ser considerada para fins do limite constitucional com MDE.”

²⁷ 7ª edição; p. 25. Disponível em: <<https://www.tesouro.fazenda.gov.br>>. Acesso em 2 dez. 2018.

²⁸ Correspondente ao item 3.1.2.9 das Contas do Exercício de 2016 e 2017.

²⁹ 7ª edição; p. 26.

³⁰ 7ª edição; p. 26.

nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976³¹), em especial naquelas hipóteses em que a informação não é passível de escrituração contábil, mas é de fundamental importância para a compreensão e esclarecimento das informações contidas nas demonstrações contábeis e não estão suficientemente claras aos leitores.

Logo, a execução orçamentária do estado, em especial no que toca ao Demonstrativo das Receitas e Despesas com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, demanda aperfeiçoamento por meio de mais detalhamento das rubricas que compõem o percentual mínimo exigido para o ensino, cumprindo ao estado demonstrar aos órgãos de controle, como se propõe no presente trabalho, que atende ao patamar fixado pela Constituição Federal, na ordem de 25% (vinte cinco por cento), destinando-se as despesas relativas aos inativos da Educação e à insuficiência financeira a perfazer o percentual residual cobrado pela Constituição Estadual, nos termos autorizados pelo parágrafo único do art. 255 da Constituição Bandeirante c.c. art. 26, I, da Lei Complementar estadual nº 1.010, de 2007.

A análise dos relatórios e manifestações proferidas com o objetivo de subsidiar a emissão de parecer prévio pelo Tribunal de Contas do Estado, nos termos do inciso I do artigo 33 da Constituição Estadual, combinado com o artigo 23 e seus parágrafos da Lei Complementar estadual nº 709, de 14 de janeiro de 1993, pertinentes às contas apresentadas pelo governador do estado à Assembleia Legislativa, relativas aos exercícios de 2016 e 2017, evidencia que não havia clareza se os valores autorizados pelo artigo 26, I, da Lei Complementar estadual nº 1.010, de 2007, haviam sido considerados para elaboração dos respectivos demonstrativos das Receitas e Despesas com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino – MDE.

Dessa forma, a Diretoria de Contas do governador realizou simulações, com o objetivo de identificar o percentual de despesas aplicados na manutenção e ampliação do ensino, com e sem a consideração dos benefícios previdenciários pagos pela SPPREV, tendo sido constatado que:

(i) o demonstrativo apresentado pelo estado para cada exercício computava os valores dos benefícios pagos pela SPPREV, conforme o previsto no artigo 26, I, da Lei Complementar nº 1.010, de 2007, para efeito de cumprimento da regra do artigo 255 da Constituição do Estado (30%);

(ii) que, excluídos os valores autorizados pelo artigo 26, I, da Lei Complementar nº 1.010, de 2007, mantinha-se o atendimento da regra do artigo 212 da Constituição Federal, ou seja, a aplicação de 25% (vinte e cinco por cento) da receita de impostos para manutenção e desenvolvimento do ensino.

³¹ Verbis: “Art. 176. Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício: [...] § 4º As demonstrações serão complementadas por notas explicativas e outros quadros analíticos ou demonstrações contábeis necessários para esclarecimento da situação patrimonial e dos resultados do exercício. [...]”

Com efeito, no Processo Acessório 2, TC54/026/15, relativo ao Exercício 2016³², apurou-se que o governo estadual aplicou a importância de R\$ 35.394.773,00 (trinta e cinco milhões, trezentos e noventa e quatro mil e setecentos e setenta e três reais) correspondendo ao percentual de 31,43%, dando cumprimento ao disposto no artigo 255 da Constituição Estadual³³.

Da análise das notas taquigráficas do julgamento, observa-se que a Diretoria de Contas do governador do estado apontou que foram contabilizados aproximadamente 6,5 bilhões de reais referentes à cobertura de insuficiências da SPPREV no percentual de ensino. Caso excluído esse montante, haveria queda do percentual de 31,43% para 25,6% dos gastos com educação, no âmbito estadual³⁴.

De outra parte, no Processo Acessório TC-13.710.989.17-9 - Exercício 2017³⁵ verificou-se que:

os dispêndios com o ensino, já computadas as glosas da Fiscalização (R\$ 1.313.260 mil), alcançaram R\$ 37.185.894 mil, correspondentes a 31,36% da receita de impostos e transferências; superiores, portanto, aos 30% exigidos pelo artigo 255 da Constituição Estadual e aos 25% definidos pelo artigo 212 da Constituição da República.

[...]

Simulação levada a cabo pela equipe de inspeção da Diretoria de Contas do Governador demonstra que caso fosse excluído o valor da cobertura da insuficiência financeira da SPPREV (2017 - inativos - R\$ 7.194.553 mil) as despesas da espécie, afetas ao período em apreço, decairiam para 25,30% da receita de impostos e transferências.

Nessa hipótese, o direcionamento de verbas ao ensino estaria em conformidade com o parâmetro imposto pela Constituição Federal (25%), porém, desatendido o limite previsto na Constituição do Estado de São Paulo (30%).

Cabe observar que a Corte de Contas emitiu parecer prévio favorável às contas do governo do estado relativas aos exercícios de 2016 e 2017, porém com recomendações³⁶.

³² Relatório do Conselheiro Antônio Roque Citadini, fls. 21/23. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/portal/9_-_tc-5198.989.16_-_relatorio_e_voto.pdf>. Acesso em 2 dez. 2018.

³³ Fls. 582 – Processo TC-5198.989.16-2, Relatório da Diretoria de Contas do Governador. Disponível em <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/portal/2_-_tc-5198.989.16-2_-_relatorio_gov_2016-_diretor-dcg.pdf>. Acesso em 2 dez. 2018.

³⁴ Esse cálculo está disponível nas fls. 14 do parecer do Ministério Público de Contas - TC-5198/989/16-2. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/portal/8_-_tc-05198-989-16_-_contas_do_governador_-_parecer_mpc.pdf>. Acesso em 2 dez. 2018.

³⁵ Relatório do conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, fls. 91/93. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/portal/TC-003546-989-17-9-Conselheiro.pdf>>. Acesso em 2 dez. 2018.

³⁶ Anota-se, ainda, que a Assembleia Legislativa aprovou as contas do estado de São Paulo para esses exercícios.

Em relação às despesas aplicadas com a manutenção e ampliação do ensino, o Tribunal de Contas recomendou ao governo do estado que atente para a decisão do Tribunal “*de não mais considerar, a partir de janeiro de 2018, no cômputo dos gastos com ensino, os valores despendidos com o pagamento dos inativos da educação, adotando medidas orçamentárias*”^{37,38}.

A análise do relatório e voto dos conselheiros relatores e dos pareceres prévios pertinentes às contas do estado de São Paulo para os exercícios 2016 e 2017 evidencia que tal recomendação decorre de decisão tomada pelo Tribunal de Contas, por ocasião do exame das contas apresentadas pela Prefeitura de Campinas para o exercício de 2013 (TC-1564/026/13), no sentido de que não seria admitido o cômputo de despesas vinculadas com a educação com o regime próprio dos servidores públicos da pasta, a partir do exercício de 2018.

Todavia, em tais manifestações não foram tecidas considerações sobre o disposto no artigo 26, I, da Lei Complementar estadual nº 1.010, de 2007, que determina ao estado de São Paulo que realize o cômputo dos valores dos benefícios pagos pela SPPREV a servidores oriundos da Secretaria da Educação, para efeito de cumprimento da vinculação constitucional da receita de impostos com a manutenção e ampliação do ensino.

Em acréscimo às considerações tecidas no presente trabalho sobre a constitucionalidade do artigo 26, I, da Lei Complementar nº 1.010, de 2007, cabe analisar se a Corte de Contas poderia deixar de aplicá-lo por suposta incompatibilidade com a Constituição Federal.

A Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal prevê que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

Todavia, não se pode esquecer que esse entendimento foi firmado em Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963, em um cenário constitucional muito diferente do atual, em que sequer existia o controle concentrado de constitucionalidade.

O artigo 33 da Constituição Estadual, em harmonia com o previsto no artigo 71 da Constituição da República, confere ao Tribunal de Contas competências para auxiliar o Poder Legislativo a avaliar e controlar o alcance dos resultados da Administração Pública na execução de leis, especialmente as orçamentárias, mas não

³⁷ Parecer prévio – Contas do exercício de 2016 – item III.A-I – p. 3 do relatório – TC - 5198/989/16. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/portal/10_-_tc-5198.989.16_-_parecer.pdf>. Acesso em 2 dez. 2018.

³⁸ No Parecer prévio – Contas do exercício de 2017, TC003546.989 17 -9, a recomendação pertinente ao ponto em análise parece antagônica, contudo, a leitura da manifestação do conselheiro relator indica possibilidade de supressão accidental do termo “não”: “4) Aproveite os recursos voltados à cobertura de insuficiência financeira do regime próprio de previdência estadual - SPPREV para o pagamento de despesas consideradas como aplicação no ensino”. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/portal/TC-003546.989.17%20-Parecer_ContasGovernador-2017-ass.pdf>. Acesso em 2 dez. 2018.

lhe atribui, expressamente, competência para análise da constitucionalidade de leis, o que demonstra a necessidade de manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Constitucional sobre a subsistência da Súmula 347, sendo relevante observar que sua aplicação foi afastada em sede de decisão monocrática:

[...]

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/1997, e do Decreto nº 2.745/1998, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/1993, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula 347 desta Corte, (...). A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13/12/1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.

[...]

Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 39/2006) no processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria).

[MS 25.888 MC, rel. min. GILMAR MENDES, dec. monocrática, j. 22/3/2006, DJ de 29/3/2006]

CONCLUSÃO

Para o estado de São Paulo, a expressão “aplicação de recursos na manutenção e desenvolvimento de ensino” tem sentido técnico-jurídico definido nos artigos 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – no que se refere ao cumprimento do percentual estipulado pelo artigo 212 da Constituição Federal – e no artigo 26, I, da Lei Complementar estadual nº 1.010, de 2007, para complementação do percentual adicional previsto no artigo 255 da Constituição do Estado.

De rigor, pois, que os demonstrativos de Aplicação de Recursos na Manutenção e Desenvolvimento do Ensino elaborados pelo estado de São Paulo (relatório resumido da execução orçamentária e o balanço geral das contas do exercício) contenham Notas Explicativas demonstrando o atendimento do mínimo fixado pela Constituição Federal, na ordem de 25% (vinte cinco por cento), consoante as previsões da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, destinando-se as despesas relativas aos inativos da Educação e à insuficiência financeira ao perfazimento do percentual residual cobrado pela Constituição Estadual, nos termos autorizados pelo parágrafo único do art. 255 da Constituição Bandeirante c.c. art. 26, I, da Lei Complementar estadual nº 1.010, de 2007.

REFERÊNCIAS

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*, 34. ed., São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

SECRETARIA DA FAZENDA. *Relatório Anual do Governo do Estado, exercícios 2016 e 2017*. Disponível em: <<https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Paginas/Relatório-Anual-do-Governo-do-Estado.aspx>>.

SECRETARIA DA FAZENDA. *Aplicação de Recursos – Educação e Saúde, Demonstrativo de Aplicação de Recursos na Educação*, disponível em: <<https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Paginas/Demonstrativo-de-Aplicação-de-Recursos-na-educalção.aspx>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <<http://www.stf.jus.br>>.

TESOURO NACIONAL. *Manual de Demonstrativos Fiscais – MDF, aplicado à União e aos estados, Distrito Federal e municípios*, 9. ed. (válido a partir do exercício de 2019). Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/mdf>>.

TESOURO NACIONAL. *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público – MCASP, aplicado à União e aos estados, Distrito Federal e municípios*, 7. ed. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/mdf>>.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. <<https://www.tce.sp.gov.br>>.

CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA E COMPENSAÇÃO FINANCEIRA ENTRE REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

Retirement annulment and financial compensation between social security regimes

Eraldo Ameruso Ottoni¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Sistema Previdenciário no Estado de São Paulo. 2. Mandado de Segurança nº 2189771-75.2014.8.26.0000 – TJSP. 3. Depois da cassação. 4. Compensação entre regimes previdenciários. 5. Conclusões. Referências.

RESUMO

O trabalho analisa a compensação financeira entre regimes previdenciários prevista no art. 201, § 9º, da Constituição Federal, nos casos de cassação de aposentadoria aplicada como pena disciplinar a (ex) servidores públicos vinculados a regime previdenciário próprio.

Palavras-chave: Cassação de aposentadoria. Compensação financeira. Regime previdenciário. Pena disciplinar.

ABSTRACT

The work analyzes the financial compensation between social security systems provided for in art. 201, § 9º, of the Federal Constitution, in cases of retirement annulment applied as a disciplinary penalty to (ex) public servants linked to their own social security regime.

Keywords: Retirement annulment. Financial compensation. Social security. Disciplinary penalty regime.

INTRODUÇÃO

Atualmente um dos temas de maior interesse no debate nacional está relacionado à previdência social, tanto no que diz respeito ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), a que vinculados os trabalhadores da iniciativa privada (art. 201, Constituição Federal - CF), quanto ao Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos (RPPS), a que vinculados os servidores da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações (excluídos os servidores ocupantes exclusivamente de cargos comissionados, que se vinculam ao RGPS, nos termos do art. 40 e seu § 13, da CF).

Embora o debate se concentre nas diferenças existentes entre os regimes de previdência social (notadamente no que diz com o valor dos benefícios de aposentadoria) e na aparente incomunicabilidade deles, ambos têm em comum o (relativamente recente para o RPPS) caráter contributivo e a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

¹ Procurador do estado de São Paulo. Procurador do estado chefe da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE).

Num mundo em rápidas e constantes mudanças, que implicam um mercado de trabalho extremamente dinâmico, com surgimento de oportunidades de ocupação em diversas localidades do território nacional,² a mobilidade do trabalhador, ora dedicando-se ao serviço público, ora dedicando-se à iniciativa privada, pode gerar desequilíbrio financeiro nos respectivos regimes previdenciários.

Para que isso não ocorra, o art. 201, § 9º, CF,³ determina que “*para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei*”.

Em 6 de maio de 1999 foi publicada a Lei federal nº 9.796, que “*dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências*”.

O objetivo deste trabalho é analisar a compensação entre os regimes previdenciários e como ela se aplica no caso da imposição da pena de cassação de aposentadoria a ex-servidor público sem prévia vinculação ao RGPS, tendo em vista os fundamentos do voto vencedor proferido no Mandado de Segurança nº 2189771-75.2014.8.26.0000, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

1. SISTEMA PREVIDENCIÁRIO NO ESTADO DE SÃO PAULO

Para melhor compreensão do tema é importante, preliminarmente, fazer sucinta descrição do histórico recente da disciplina legal do sistema previdenciário aplicável aos servidores públicos.

No que toca às **aposentadorias**, não havia, até a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (EC 20/98), um sistema de custeio próprio para sustentar a inatividade dos servidores públicos. As aposentadorias eram “concedidas e mantidas com recursos públicos”⁴, ficando os servidores “livres de qualquer contribuição”⁵. Segundo Vinícius Carvalho Pinheiro, “a política previdenciária era uma mera extensão da política de pessoal e o gasto com inativos, um problema de folha de pagamentos.”⁶

² Do que é exemplo marcante a experiência dos dois últimos concursos de ingresso da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (2010 e 2013), que aprovaram dezenas de candidatas oriundas dos mais diversos estados da Federação.

³ O § 9º do art. 201 da CF foi incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, RT, 12. ed., p. 282.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*, 2. ed., Editora Atlas.

⁶ Previdência no serviço público: Evolução Recente. Informe de Previdência Social volume 14, nº 07. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_081014-104510-076.pdf>. Acesso em 19 nov. 2018.

Com efeito, o art. 40, CF, em sua redação original determinava que o servidor público seria aposentado i) por invalidez permanente, com proventos integrais em caso de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos; ii) compulsoriamente, aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; ou iii) voluntariamente, com proventos integrais após 35 anos de serviço, ou com proventos proporcionais ao tempo de serviço. Não havia no texto constitucional qualquer menção a contribuição, apenas tempo de serviço.

Embora o marco para a análise que segue seja a EC 20/98 e o tema aqui tratado diga respeito ao sistema previdenciário estadual, deve ser registrado que a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, alterou o artigo 40, CF, para incluir o § 6º, segundo o qual “as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.” Essa emenda tinha em mira apenas os servidores federais.⁷

No estado de São Paulo, por ocasião da promulgação da CF, os servidores contribuía para um regime obrigatório de **pensão mensal**, instituído pela Lei estadual nº 4.832, de 4 de setembro de 1958. Inicialmente a contribuição era de 5% (cinco por cento) sobre a “retribuição do mês”, nos termos do art. 7º. A contribuição do estado – a contribuição patronal – era de 3% (três por cento) sobre a “retribuição de seus servidores inscritos”, nos termos do art. 8º.⁸ O artigo 134 da Lei Complementar estadual nº 180, de 12 de maio de 1978, elevou a contribuição dos servidores para 6% (seis por cento), tendo o art. 140 fixado a contribuição patronal também em 6% (seis por cento).

A EC 20/98 alterou o *caput* do art. 40 da Constituição Federal, que passou a dispor que “aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo”.

⁷ Quanto aos servidores públicos federais, vale lembrar que o art. 243, da Lei federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, Autarquias e das Fundações Públicas Federais), transformou os empregos públicos federais em cargos públicos, submetendo a partir de então o pessoal contratado pela CLT ao regime jurídico administrativo. A alteração abrupta do regime jurídico gerou, como consequência, alteração também no regime previdenciário, não sendo difícil vislumbrar já aí, ao menos no âmbito da União, um potencial desequilíbrio financeiro para as aposentadorias e pensões a serem concedidas, donde a previsão de um “ajuste de contas” com a Previdência Social, nos termos do art. 247. Há Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2968, proposta pela Procuradoria-Geral da República em 15/8/03 e ainda não julgada) contra o art. 243, com alegação de violação do art. 37, inc. II, da Constituição Federal.

⁸ A controvertida pensão da filha solteira (pelo simples fato de ser solteira, independentemente de idade ou condição de saúde), na qualidade de beneficiária obrigatória, está prevista no art. 11, “c”.

Com essa emenda iniciou-se “um processo de alteração constitucional, com o objetivo de promover gradualmente a convergência das principais regras dos RPPS com o RGPS”⁹, inclusive diante do acréscimo do § 14 ao art. 40, CF.

Nos termos do § 14 do art. 40, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, “desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 20”¹⁰, ou seja, estava já sinalizado o fim das aposentadorias integrais.

Cumpra destacar que a EC 20/98 acrescentou o § 10 ao art. 40, CF, com a seguinte redação: “a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”, não sendo fictício, na dicção do art. 4º da EC 20/98, “o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria”, que será contado como tempo de contribuição.¹¹

A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, alterou novamente o *caput* do art. 40, CF, que ficou assim redigido: “aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo”.

Essa emenda também alterou a redação do § 1º, do art. 149, CF, que passou a determinar que “os estados, o Distrito Federal e os municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício desses, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União”.

Somente após a EC 41/03 é que o estado de São Paulo instituiu contribuição para o custeio de aposentadorias, o que fez por intermédio da Lei Complementar estadual nº 943, de 23 de junho de 2003, estabelecendo para tanto a alíquota de 5%

⁹ LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em crise. Diagnóstico e análise econômica do Direito Previdenciário*. Revista dos Tribunais, 2018, p. 154.

¹⁰ Nos termos do art. 87, § 2º, da Orientação Normativa MPS/SPS nº 02, de março de 2009, “somente após a instituição do regime complementar de que trata o *caput*, o ente poderá fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a ser (*sic*) concedidas pelo RPPS, o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS de que trata o art. 201 da Constituição Federal.

¹¹ Sobre tempo fictício, a Orientação Normativa MPS/SPS nº 02, de março de 2009, dispõe que “não se considera fictício o tempo definido em lei como de contribuição para fins de concessão de aposentadoria quando tenha havido, por parte do servidor, a prestação de serviço ou a correspondente contribuição”. Embora os militares federais tenham sistema próprio de aposentadorias e pensões, que se integra no denominado “sistema de proteção social militar”, é na legislação que lhes é peculiar que se encontram exemplos de tempo fictício, a exemplo do art. 36, da MP 2.215-10, de 31 de agosto de 2011, segundo o qual “os períodos de férias não gozadas, adquiridos até 29 de dezembro de 2000, poderão ser contados em dobro para efeito de inatividade”.

(cinco por cento), a ser cobrada dos servidores (art. 4º). Em vista do caráter *solidário*,¹² instituiu também a cobrança de contribuição de 11% dos inativos e pensionistas, o que fez pela Lei Complementar estadual nº 954, de 31 de dezembro de 2003.¹³

A Lei Complementar nº 1.010, de 1º de junho de 2007, criou a São Paulo Previdência - SPPREV, “*entidade gestora única do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos titulares de cargos efetivos - RPPS e do Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo - RPPM, autarquia sob regime especial com sede e foro na cidade de São Paulo-SP, e prazo de duração indeterminado.*” (art. 1º, *caput*), fixando a contribuição patronal no dobro do valor da contribuição do servidor ativo (art. 32, parágrafo único).

Uma pequena pausa na exposição para destacar o seguinte: os inativos continuam a contribuir para o RPPS;¹⁴ o estado, não. Com a publicação do ato de aposentadoria, o sistema previdenciário do setor público, tal qual concebido, perde 2/3 de sua fonte de custeio. Nada obstante, a partir da aposentadoria o estado continua a ter despesas com o regime previdenciário, não mais sob a forma de contribuição, mas a título de *cobertura de insuficiência financeira*, a teor do art. 27 da Lei Complementar nº 1.010/07.

O art. 8º da Lei Complementar estadual nº 1.012, de 5 de julho de 2007, criou “*a contribuição social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos, ativos e dos militares do governo de São Paulo, para a manutenção do regime próprio de previdência social do estado, incluídas suas autarquias e fundações*” estabelecendo a alíquota de 11% (onze por cento), incidente sobre a totalidade da base de contribuição, unificando a contribuição para pensão (6%) e para aposentadoria (5%).

Finalmente, a Lei estadual nº 14.653, de 22 de dezembro de 2011, instituiu o sistema de previdência complementar para os servidores públicos fixando “*o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social*¹⁵ *de que trata o artigo 201 da Constituição Federal às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo*

¹² Paulo Modesto, em alentado artigo sobre a reforma da previdência, sustenta que a cobrança dos inativos tem fundamento na *paridade*, de sorte a preservar a forma de custeio do benefício. Em suas palavras, “*o princípio da paridade é que fornece legitimidade à cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos, pois assegura a manutenção do vínculo jurídico que une gerações distintas de titulares de cargo público, além de tornar mutável o valor real dos benefícios previdenciários no regime próprio, obrigando a persistência de mecanismos solidários de financiamento do sistema.*” (Reforma da Previdência e Regime Jurídico de Aposentadoria dos Titulares de Cargos Públicos. In: MARCELO, Figueiredo et al (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, Malheiros, 2006, p. 612, *itálicos do original*)

¹³ A primeira leitura sugere que o valor da contribuição dos inativos e pensionistas foi estabelecida em percentual maior do que o dos servidores ativos, o que não ocorreu, na medida em que os inativos e pensionistas não estavam sujeitos ao desconto de 6% estabelecido para o regime criado pela Lei nº 4.832/58.

¹⁴ As aposentadorias e pensões pagas pelo RGPS são expressamente excluídas de contribuições sociais, nos termos do art. 195, inc. II, CF.

¹⁵ Nos termos do art. 2º, da Portaria nº 09, de 15 de janeiro de 2019, do Ministério da Economia, “a partir de 1º de janeiro de 2019, o salário de benefício e o salário de contribuição não poderão ser inferiores a R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), nem superiores a R\$ 5.839,45 (cinco mil oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos).

regime próprio de previdência social do estado de São Paulo (...) independentemente de sua adesão ao regime de previdência complementar por ela instituído” (art. 3º).

No início da vigência da Lei estadual nº 14.653/11 a integração ao regime de previdência complementar dependia de adesão do interessado, mediante prévia e expressa opção (art. 1º, § 4º). Após a Lei estadual nº 16.675, de 13 de março de 2018, todos os servidores com remuneração superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS que venham a ingressar no serviço público serão automaticamente inscritos na previdência complementar, ficando assegurado o direito de requerer, a qualquer tempo, o cancelamento de sua inscrição. Se o cancelamento for requerido em até 90 (noventa) dias da inscrição, serão devolvidas as contribuições vertidas, sem que isso configure resgate, nos termos da nova redação dos §§ 4º, 5º, 6º, 7º, e 8º, do art. 1º, da Lei nº 14.653/11.¹⁶

A entidade encarregada de gerir a previdência complementar é a SP-Prevc, que em outubro de 2018 já somava o total de 26.063 (vinte e seis mil e sessenta e três) participantes, dos quais 7.232 (sete mil duzentos e trinta e dois) do RPPS, 11.559 (onze mil quinhentos e cinquenta e nove) do RGPS e 7.272 (sete mil duzentos e setenta e dois) das universidades.¹⁷

Há diversas normas de transição previstas na EC 20/98 e na EC 41/03, marcadamente no que toca aos requisitos para concessão, valor e forma de correção das aposentadorias dos servidores que se encontravam em exercício antes do início das alterações constitucionais mencionadas. Para alguns foi preservada a aposentadoria integral com paridade,¹⁸ mediante o cumprimento de uma série de condições. Tais condições, por não constituírem o objetivo deste trabalho, não serão analisadas.

¹⁶ A devolução das contribuições sem configuração de resgate é relevante para fins tributários.

¹⁷ Disponível em <<https://www.spprevcom.com.br/P/Transparencia/EmNumeros>>. Acesso em: 31 jan. 2019. As datas de efetivo início do regime complementar, com a criação e instalação da SP-Prevc, são as seguintes: 21/1/13 - Poder Executivo (administração direta, autarquias e fundações); 22/3/13 - Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo; 2/10/13 - Universidades Estaduais – USP, Unicamp e Unesp; e 23/6/14 - Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça Militar, Tribunal de Contas do Estado, Defensoria Pública e Ministério Público. Disponível em: <<https://prevcom.com.br/P/Duvidas#3>>. Acesso em 31 jan. 2019.

¹⁸ O marco legislativo da previdência social brasileira é considerado o Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Desde então, a paridade foi afastada, ao menos para os empregados da iniciativa privada. Tal Decreto, de autoria do deputado Eloy Chaves, criou caixas de previdência e pensões para os empregados das Estradas de Ferro. No discurso em que apresentou o projeto o deputado destacou, entre outros tópicos de sua proposta: “diminuí progressivamente a importância das aposentadorias à medida que aumentavam os ordenados”. Nesse sentido, o art. 11: “A importância da aposentadoria ordinária se calculará pela média dos salários percebidos durante os últimos cinco anos de serviço e será regulada do seguinte modo: 1ª - até 100% de salário, 90/100; 2ª- salário entre 100\$ e 300\$, 90\$ mais 75/100 da diferença entre 101 e 300\$000; 3ª- salário de mais de 300\$ até 1:000\$, 250\$ e mais 70/100 da diferença entre 301\$ e 1:000\$000; 4ª- salário de mais de 1:000\$ até 2:000\$, 250\$ e mais 65/100 da diferença entre 301\$ e a importância de réis 2:000\$000; 5ª - salário de mais de 2:000\$, 250\$ e mais 60/100 da diferença entre 301\$ e a importância do salário.” O padrão monetário da época era o réis, e os valores vão de 100 réis a dois contos de réis.

O que se pretendeu demonstrar até aqui foi tão somente o caminho percorrido desde a inexistência de um sistema previdenciário para as aposentadorias dos servidores públicos até a criação de um sistema contributivo e solidário, cada vez mais próximo do RGPS, inclusive no que toca ao valor dos benefícios pagos.¹⁹

Nessa trajetória os servidores públicos ficaram nas mais diversas situações. Há servidores que se aposentaram sem nunca ter contribuído para o RPPS; servidores que se aposentaram tendo contribuído alguns anos para o RPPS; servidores (anteriores à previdência complementar) que se aposentarão tendo contribuído quase toda a vida funcional sobre a integralidade dos vencimentos; e servidores (posteriores à previdência complementar) que se aposentarão pelo teto do RGPS, recebendo, caso tenham aderido ou se mantidos vinculados, uma complementação contratada com uma entidade fechada de previdência complementar.

Na previdência complementar, embora contributiva, registre-se, não há solidariedade alguma. Ela se estrutura a partir de contas individuais dos participantes (*regime de capitalização*), cujos rendimentos, no futuro, assegurarão os benefícios contratados. Nesse sentido, o art. 202, *caput*, CF: “o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado por lei complementar”.²⁰

As alterações constitucionais e legais expostas acima podem ser assim resumidas:

ANO	APOSENTADORIA	PENSÃO
1958	Não havia contribuição	Contribuição de 5% (s) + 3% (E) ²¹
1978	Não havia contribuição	Contribuição de 6% (s) + 6% (E)
1998	Previsão de contribuição	Contribuição de 6% (s) + 6% (E)
2003	Contribuição previdenciária de 5% (s)	Contribuição de 6% (s) + 6% (E)
2007	Contribuição social (servidores 11% + Estado 22%)	
2011	Previsão da previdência complementar	
2013	Efetiva implementação da previdência complementar	

¹⁹ No âmbito do estado de São Paulo, a SPPREV cuida apenas de aposentadorias e pensões. Auxílio-acidente e auxílio-doença são suportados pelo Tesouro, por intermédio da concessão de licença-saúde prevista no art. 181, incs. I e II, da Lei estadual nº 10.261/68. À funcionária gestante concede-se licença remunerada pelo Tesouro, conforme previsão do art. 198, também da Lei estadual nº 10.261/68. Salário família e auxílio reclusão estão previstos, respectivamente, nos arts. 163-A e 163-B, da Lei Complementar estadual nº 180/78. Há também previsão de auxílio funeral, concedido a título de “assistência à família do servidor ativo ou inativo falecido”, nos termos do art. 168, da Lei Complementar nº 180/78.

²⁰ São duas as leis complementares sobre previdência complementar, ambas de 29/5/01: i) Lei Complementar federal nº 108, que “dispõe sobre a relação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar” e ii) Lei Complementar federal nº 109, que trata da previdência complementar privada.

²¹ (s) – servidor/ (E) - estado

2. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2189771-75.2014.8.26.0000 – TJSP

As alterações no sistema previdenciário do setor público encontraram uma disposição nos estatutos funcionais dos servidores que trouxe, e ainda traz, intenso debate. Trata-se da previsão da pena de **cassação de aposentadoria**, que no estado de São Paulo está prevista no art. 259 da Lei nº 10.261/68, da seguinte forma:

Artigo 259 - Será aplicada a pena de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, se ficar provado que o inativo:

I - praticou, quando em atividade, falta grave para a qual é cominada nesta lei a pena de demissão ou de demissão a bem do serviço público;

II - aceitou ilegalmente cargo ou função pública;

III - aceitou representação de Estado estrangeiro sem prévia autorização do Presidente da República; e

IV - praticou a usura em qualquer de suas formas.²²

A aposentadoria é uma das hipóteses de vacância do cargo (art. 86, inc. V, Lei nº 10.261/68). Com a aposentadoria rompe-se o vínculo jurídico que unia o servidor à Administração Pública, o que determina o "*desaparecimento da relação jurídica institucional e o retorno das partes à situação de alheamento que antes existia entre elas*"²³, cessando, portanto, os deveres, proibições e direitos inerentes ao exercício do cargo ou da função.

Enquanto a aposentadoria dos servidores públicos era suportada pelo Tesouro, independentemente de qualquer contribuição (era vista como um "prêmio"), a pena de cassação era contestada com base em argumentos tais como seu eventual caráter perpétuo, ou por violar a dignidade da pessoa humana, considerada a privação de recursos de subsistência à pessoa de elevada idade, sempre sem sucesso.

A partir do momento em que os servidores começaram a contribuir para a aposentadoria surgiu entendimento no sentido de que sua cassação seria incompatível com o RPPS, na medida em que a relação previdenciária é "absolutamente autônoma em relação ao vínculo funcional" e, tal qual ocorre na iniciativa privada, "nada do que se passa no âmbito das relações de trabalho pode repercutir no sistema previdenciário."²⁴

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por seu Órgão Especial, teve entendimento diverso ao julgar o Mandado de Segurança nº

²² A Procuradoria de Procedimentos Disciplinares propôs 7 (sete) cassações de aposentadoria em 2016, 13 (treze) em 2017, e 1 (uma) em 2018, consoante dados levantados pelo subscritor nos relatórios finais que analisou até a entrega deste trabalho.

²³ GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, Editora Saraiva, 15. ed., p. 300.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores, Conjur de 16 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>>. Acesso em: 3 dez 2018.

2189771-75.2014.8.26.0000. Nos termos do voto vencedor restou decidido que o caráter contributivo não obsta a cassação, pois “aquele que comete falta grave não faz jus à aposentadoria do serviço público, pois deixa de atender a um dos critérios necessários, ao lado do tempo de serviço e da idade mínima, qual seja, a **condição de servidor**” (em negrito no original).

Embora a condição de servidor cesse com a publicação do ato de aposentadoria, em razão da imediata vacância do cargo, segue o voto vencedor dizendo que a preocupação com a indigência do ex-servidor não se justifica, pois diante do disposto no art. 201, § 9º, CF, o valor da aposentadoria “será limitado ao teto do regime geral”. A cassação, continua o voto, “não tem outra consequência que não a limitação do benefício ao teto do regime geral”.

Antes de prosseguir, vale ressaltar que o tema – constitucionalidade da cassação de aposentadoria – é objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 418, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros²⁵, sendo relator o ministro Alexandre de Moraes, ainda não julgada. A Procuradoria-Geral da República ofereceu parecer pela improcedência do pedido, em 2/12/18, e consignou na ementa de sua manifestação, entre outros argumentos, o seguinte:

4. O caráter contributivo da previdência não alterou a proporcionalidade da sanção de cassação da aposentadoria. Perder o benefício da aposentadoria impacta da mesma forma na vida de quem recebe essa sanção, seja em regime de caráter contributivo ou não. Independentemente do caráter contributivo, não há impedimento constitucional para que a lei imponha uma sanção severa em face de faltas funcionais graves.²⁶

Consignando na fundamentação de seu parecer que

Não há extravagância jurídica em o servidor público punido por ato grave perder o direito à aposentadoria ou tê-la cassada, embora haja contribuído para essa finalidade. Trata-se de mais uma consequência punitiva desse gênero de ato, a que o servidor se exime de sujeitar-se, abstendo-se de cometer infrações severas de seus deveres funcionais.

Ao despachar a Suspensão de Tutela Provisória nº 91, em 21/11/18, o presidente do STF suspendeu liminarmente diversas decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que julgaram inconstitucional a cassação de aposentadoria. O

²⁵ A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman – Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979) prevê as seguintes penas disciplinares aos magistrados: advertência, censura, remoção compulsória, disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e demissão, o que faz no art. 42. Há que se considerar, para essa categoria profissional, a vitaliciedade prevista no art. 95, inc. I, CF, sendo a demissão aplicável durante o estágio probatório (art. 47, inc. II).

²⁶ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339176672&text=.pdf>>. Acesso em 31 jan. 2019.

fundamento da suspensão liminar é a “pacífica e cristalizada jurisprudência” do Supremo pela constitucionalidade da pena.

Voltando à análise da decisão do TJSP, indaga-se: Como se processa a limitação dos valores da aposentadoria ao teto do RGPS? Como fica a situação do ex-servidor que teve a aposentadoria cassada e nunca foi vinculado ao RGPS, nem tem condições de retornar ao mercado de trabalho?

Com a aposentadoria compulsória hoje fixada em 75 anos²⁷ e levando-se em consideração os prazos prescricionais do processo administrativo disciplinar (5 anos do fato até a portaria e mais 5 até o relatório final), a pena de cassação pode ser aplicada a uma pessoa de 85 anos de idade, razão pela qual não são despendidas as perguntas.

3. DEPOIS DA CASSAÇÃO

Com a cassação da aposentadoria opera-se a desvinculação do RPPS, o que traz efeitos imediatos para a autarquia previdenciária e para o órgão de origem do ex-servidor. Seu nome é excluído da lista de inativos, não havendo, no primeiro momento, mais nenhuma obrigação desses entes públicos ante o ex-servidor.

Os descontos feitos no pagamento do ex-servidor ao longo de sua vida funcional não lhe são devolvidos, pois, para além do caráter tributário da contribuição, é de se considerar que elas foram vertidas para o *regime de repartição*, no qual

“as contribuições dos trabalhadores em um determinado período são utilizadas no mesmo período para pagamento das aposentadorias aos inativos. Dado que os benefícios pagos na velhice a cada geração são financiados pelas contribuições das gerações seguintes, há, nesse caso, o que alguns autores classificam como um mecanismo de solidariedade intergeracional.”²⁸

É dizer: as contribuições se perderam no “bolo” da arrecadação previdenciária e se prestaram a, em vista do caráter solidário do sistema, sustentar os benefícios que estavam sendo pagos a outra geração de trabalhadores, e não para acumulação em uma conta individual, como ocorre no regime de capitalização. Noutras palavras, “*no regime de repartição simples os agentes públicos em atividade não contribuem para a própria aposentadoria ou para a correspondente pensão, mas para a solvabilidade do sistema previdenciário próprio.*”²⁹

Ainda que tenha praticado gravíssima infração, o ex-servidor foi, ao longo de sua vida funcional, um trabalhador que contribuiu para determinado sistema

²⁷ Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015, e Lei Complementar nº 152, de 3 de dezembro de 2015.

²⁸ AFONSO, Luís Eduardo. *Seguridade Social*. In: BIDERMAN, Cirto et al (org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. Elsevier, 2004, p. 384.

²⁹ MODESTO, *op. cit.*, p. 577/578, itálicos do original.

previdenciário. Alijado do sistema previdenciário público em razão da cassação da aposentadoria, não seria concebível que se tornasse alguém a ser atendido por programas de assistência social para sustento de sua sobrevivência.

Eventualmente, tal a gravidade do fato praticado quando em atividade o ex-servidor pode ser preso, recebendo do sistema carcerário o amparo para suas necessidades mais básicas (abrigo, alimentação, assistência médica e odontológica etc.) enquanto durar a privação de sua liberdade. Mesmo nessa hipótese, será ainda um trabalhador que contribuiu tempo suficiente para se aposentar. Vejamos então se e como pode a Previdência Social atendê-lo.

A Lei federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, disciplina os planos de Previdência Social e dá outras providências. Segundo o art. 9º dessa lei, a Previdência Social compreende o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e o Regime Facultativo Complementar de Previdência Social.

O Regime Facultativo Complementar de Previdência Social é o da Previdência Privada, que pode ser aberta (a exemplo das oferecidas por bancos, por intermédio de PGBL ou VGBL) ou fechada (a exemplo da SP-Prevcom, OABPrev, Postalis etc.). Em qualquer hipótese, a previdência privada é sempre estruturada segundo o regime de capitalização, o que demanda um tempo – longo – de contribuição (e, portanto, de acumulação) para que a conta individual forneça suficiente rendimento para sustentar o benefício a ser pago.³⁰

Ex-servidor de 85 anos talvez não tenha tempo suficiente para acumular recursos, até porque, privado de sua força de trabalho, enfrenta já dificuldades para produzir rendimentos. Ainda que tivesse tempo e/ou rendimentos, essa solução implicaria desconsiderar todo o histórico de contribuições realizadas, ainda que para um regime solidário e não em favor de uma conta individual.

Cumpra então analisar o RGPS, cujos beneficiários são classificados como *segurados* ou *dependentes* (art. 10, Lei nº 8.231/91), sendo os segurados ainda classificados como *obrigatórios* (art. 11, Lei nº 8.213/91) ou *facultativos* (art. 13, Lei nº 8.213/91).

A condição de segurado obrigatório decorre fundamentalmente, mas não apenas, da qualidade de *empregado* “com carteira assinada”, ou do exercício de alguma atividade econômica, ainda que no regime de economia familiar, circunstância que não responde à necessidade do exemplo proposto, considerado o ex-servidor cuja idade não permite, ou mesmo não recomenda, ingresso no mercado de trabalho ou desempenho de atividade econômica.

O que resta, segundo nos parece, é a inscrição como *segurado facultativo*, nos exatos termos do art. 13, da Lei nº 8.213/91. Nos termos desse dispositivo é “segurado

³⁰ A previdência complementar adota o regime de capitalização, no qual não há transferência intergeracional, não havendo, como dito anteriormente, qualquer solidariedade entre os beneficiários (AFONSO, *op. cit.*, p. 386).

facultativo o maior de 14 (quatorze) anos que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, desde que não incluído nas disposições do art. 11”.

Inscrito como *segurado facultativo* duas questões devem ser enfrentadas: i) o período de carência do art. 25, inc. II e ii) a vedação do art. 96, inc. III, ambos da Lei nº 8.213/91.

O período de carência para a concessão de aposentadoria é de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais, ou 15 (quinze) anos. Ou seja, o ex-servidor do exemplo, inscrito como *segurado facultativo*, poderia obter aposentadoria pelo RGPS aos 100 (cem) anos de idade.

Há que se considerar, porém, o tempo de contagem recíproco mencionado no início deste trabalho e a Orientação Normativa SPS nº 10, de 29 de outubro de 1999, cujo item “1” dispõe que “*o tempo de contribuição do servidor público no âmbito do regime próprio de previdência social será considerado no Regime Geral de Previdência Social-RGPS para todos os efeitos, inclusive para os de carência*”.

Agora a segunda questão.

Nos termos do art. 96, inc. III, da Lei nº 8.213/91, “*não será computado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro*”.

A finalidade desse dispositivo é evitar a aquisição de dois benefícios com a dupla contagem de um mesmo período de tempo, pois “*a contagem simultânea de tempo de contribuição para fins de concessão de benefícios em esferas regimentais diferentes implicaria uma relação de desequilíbrio: um único custeio para duas prestações, ou seja, custeio singular, de um lado, e proteção duplicada, de outro*”.³¹

No julgamento da Apelação nº **0000916-89.2012.4.03.6112/SP** o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu o seguinte:

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTAGEM RECÍPROCA. CTC. EXPEDIÇÃO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. APROVEITAMENTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Conforme o art. 201, § 9º, da Constituição Federal, para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, nos termos da Lei nº 9.796/98.

2. Entretanto, não é viável o aproveitamento no RGPS das contribuições previdenciárias vertidas a RPPS, no caso de servidor que tenha sua aposentadoria cassada, nos termos do art. 96, III, da Lei nº 8.213/91, visto que esse tempo de contribuição já fora utilizado anteriormente para a concessão daquele benefício.

³¹ LEITÃO, André Studart. MEIRINHO, Augusto Griceo Sant’anna. *Manual de Direito Previdenciário*. Saraiva, 4. ed., p. 431.

3. Ofensa ao princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal). A parte recorrente perdeu seu benefício de aposentadoria em virtude da prática de um ilícito penal, considerado pelo ordenamento jurídico como um evento suficientemente grave, justificando a revogação da cobertura previdenciária até então vigente.
4. Adotar-se a tese do recorrente implicaria onerar os cofres públicos indiretamente. A averbação do tempo de contribuição vertido ao RPPS no RGPS implicaria, no segundo momento, após a implementação de algum benefício previdenciário ao impetrante, a necessidade de ressarcimento dos gastos efetuados pelo INSS, através do sistema de compensação financeira entre os diversos regimes previdenciários, nos moldes da Lei nº 9.796/98.
5. Recurso de apelação da parte impetrante desprovido.³²

Na fundamentação o eminente relator consignou que “o aproveitamento das contribuições (do RPPS) em outro regime equivaleria a burlar a penalidade prevista na legislação administrativa” e, após tecer considerações sobre a Lei nº 9.796/98, que “não pode ser acolhida a pretensão recursal da parte impetrante, por equivaler à oneração dos cofres públicos, o que é vedado em razão da condenação à perda da aposentadoria, ainda que por outros meios”.

Com o devido respeito à decisão, a pena de cassação de aposentadoria não pode implicar a decretação da pena de morte da solidariedade que informa o regime previdenciário dos trabalhadores. Diga-se mais uma vez: o ex-servidor apenado com a pena de cassação de aposentadoria é um trabalhador que durante sua vida funcional foi solidário com outros trabalhadores como ele, apenas um pouco mais velhos e já inativos. Até depois de aposentado seguiu sendo solidário, pois de seu benefício foi descontada a contribuição social.

Nesse sentido, negar-lhe amparo previdenciário na velhice parece não ser a melhor solução, inclusive em vista de entendimentos consolidados no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado que, embora não diretamente relacionados ao tema em análise, podem ser aqui aproveitados.

Os entendimentos mencionados são aqueles relativos à invalidação da posse do servidor quando, depois, se constata a existência de motivo desabonador que a obstaría, a teor do art. 47, inc. V, da Lei estadual nº 10.261/68. Em casos assim, entende-se que a investidura é praticada sob implícita condição resolutiva e, uma vez verificada a conduta irregular, perdem os atos de nomeação e posse o substrato de validade que os sustentava.³³

³² Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6390173>>. Acesso em: 29 jan. 2019. Decisão publicada no DJE de 22/2/2018.

³³ Parecer PA nº 273/2007, da lavra do procurador do estado Elival da Silva Ramos.

Assim também no caso do ato concessivo de aposentadoria. Concedida na pendência de processo administrativo disciplinar, ali se encontra uma condição resolutive implícita: a qualidade de servidor que asseguraria o benefício, perdida com a aplicação da pena, como decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Insubsistente a aposentadoria pelo RPPS, não haveria, por óbvio, proteção duplicada pelas mesmas contribuições, afastando-se assim a aplicação do art. 96, inc. III, da Lei nº 8.213/91.

4. COMPENSAÇÃO ENTRE REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

Em suma: o RPPS perde um beneficiário, que também era contribuinte, ao passo que o RGPS recebe um beneficiário que nunca esteve a ele vinculado, razão pela qual nunca fez qualquer contribuição. Como afirmado no começo deste trabalho, RPPS e RGPS devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e para tanto, como se verá, é que se presta a compensação.

Equilíbrio financeiro é entendido como a capacidade financeira “de fazer frente às despesas com o pagamento dos benefícios previdenciários, de forma imediata”, “considerando as necessidades atuais do sistema”, sendo, portanto, um equilíbrio de curto prazo.³⁴ Nos termos do art. 2º inc., XI, da Orientação Normativa MPS/SPS nº 02, de 31 de março de 2009, é a “garantia de equivalência entre as receitas auferidas e as obrigações do RPPS em cada exercício financeiro”.

O equilíbrio atuarial tem horizonte mais amplo, de médio e longo prazos, levando “em conta aspectos demográficos da população (envelhecimento, expectativa de sobrevida, tempo de atividade etc.) e os riscos que impõem necessidades sociais a serem enfrentadas pelo sistema, elaborando modelos matemáticos que indiquem, *ad futurum*, as receitas previdenciárias necessárias para que os benefícios previdenciários sejam mantidos”.³⁵

De tal sorte, em princípio, o equilíbrio financeiro implica que o ingresso atual de contribuições, dos trabalhadores, dos empregadores e das demais fontes de custeio deve ser suficiente para manter o pagamento dos benefícios já concedidos.

No que toca aos benefícios a serem concedidos no futuro é que devem ser feitos os modelos matemáticos mencionados linhas atrás, considerando-se as variáveis indicadas. Basta considerar, para ilustrar o argumento, que a expectativa de vida média do brasileiro era de 45,5 anos em 1940, passando a 76 anos em 2017,³⁶ verificando-se no período um aumento de mais de 30 anos de expectativa de vida.

³⁴ LEITÃO, *op. cit.*, p. 126.

³⁵ *Idem*, p. 126.

³⁶ Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2017/tabua_de_mortalidade_2017_analise.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2018, 15h37.

Esse é um dado (crescente aumento da expectativa de vida) de grande relevância para manter o equilíbrio atuarial do sistema, devendo ser levado em conta para o equacionamento do custeio e também para a previsão dos benefícios, de modo que as gerações que ingressam no mercado de trabalho possam também se aposentar com tranquilidade no futuro.

Nesse sentido, dispõe a Orientação Normativa MPS/SPS nº 02, de 31 de março de 2009, em seu art. 2º, inc. XII, que o equilíbrio atuarial é “a garantia de equivalência, a valor presente, entre o fluxo de receitas estimadas e das obrigações projetadas, apuradas atuarialmente, a longo prazo”.

O ex-servidor do nosso exemplo nunca contribuiu para o RGPS, e ainda assim passará a dele receber seu benefício de aposentadoria. Não é difícil vislumbrar o potencial desequilíbrio que essa alteração acarreta. Para evitar desequilíbrios é que o art. 201, § 9º, CF, determina a compensação entre os regimes previdenciários, que foi disciplinado pela Lei federal nº 9.796, de 5 de maio de 1999.

A lei considera como regime de origem aquele ao qual “o segurado ou servidor público esteve vinculado, sem que dele receba aposentadoria ou tenha gerado pensão para seus dependentes”. Regime instituidor é aquele “responsável pela concessão e pagamento de benefício de aposentadoria ou pensão”, “com cômputo de tempo de contribuição no âmbito do regime de origem.” (art. 2º, incs. I e II, Lei federal nº 9.796/99).

No exemplo proposto o regime de origem é o RPPS; instituidor, o RGPS. Nessa hipótese a compensação é feita nos termos do art. 3º, da Lei federal nº 9.796/99. Chega-se ao valor da compensação multiplicando-se o valor do benefício concedido pelo percentual do tempo de serviço total correspondente ao tempo de contribuição no regime de origem.

De tal sorte o valor da compensação, adotando-se o teto de benefícios, será o valor do próprio benefício concedido, pois todas as contribuições foram feitas ao regime de origem:

$$5.839,45^{37} \times 100\%^{38} = 5.839,45^{39}$$

5. CONCLUSÕES

A aposentadoria dos servidores públicos está deixando de ser um problema de gestão de pessoal para ser verdadeiramente uma questão previdenciária, distinta da relação jurídico-administrativa que rege a vida funcional. Essa mudança não foi bem assimilada pelos operadores do Direito, que ainda interpretam a inatividade remunerada como um prêmio pelos longos anos de serviço público. Cassar a aposentadoria é sequestrar o prêmio.

³⁷ Benefício concedido pelo regime instituidor.

³⁸ Percentual de contribuições feitas ao regime de origem.

³⁹ Valor da compensação.

Hoje, a depender do *status* funcional, a cassação de aposentadoria realmente penaliza o ex-servidor, pela redução de proventos que pode acarretar. Para tais proventos não houve efetivamente contribuição, levando-se em consideração que a EC 20/98 transformou tempo de serviço em tempo de contribuição, não tendo havido, em decorrência da disposição, qualquer movimentação financeira efetiva.

A médio prazo, quando a cassação de aposentadoria for aplicada a ex-servidores sujeitos ao teto do RGPS (caso a jurisprudência se mantenha até lá), a única consequência prática da pena será a alteração do órgão pagador e a imensa movimentação burocrática para que os regimes se compensem. O valor do benefício recebido será idêntico e, no final das contas, suportará o encargo financeiro, ou grande parte dele, o ente que cassou a aposentadoria.

A compensação aqui defendida em nada frustra a tutela da moralidade administrativa. A aquisição do benefício junto ao RGPS realmente continuará a onerar os cofres públicos, mas esse é o preço da solidariedade previdenciária constitucionalmente determinada.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Luís Eduardo. Seguridade Social. In: BIDERMAN, Cirto *et al* (org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. Elsevier, 2004.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos*. 8. ed. Juruá Editora.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2. ed. Editora Atlas.

_____. *Cassação de Aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores*, Conjur de 16 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>>. Acesso em: 3 dez. 2018, 9h02.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 15. ed. Editora Saraiva.

LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em crise. Diagnóstico e análise econômica do Direito Previdenciário*. Revista dos Tribunais, 2018.

LEITÃO, André Studart. MEIRINHO, Augusto Griceo Sant´anna. *Manual de Direito Previdenciário*. 4. ed. Saraiva.

MODESTO, Paulo. Reforma da Previdência e Regime Jurídico de Aposentadoria dos Titulares de Cargos Públicos. In: MARCELO, Figueiredo *et al* (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. Malheiros, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. ed. Editora RT.

NASSAR, Elody Boulhosa. *Previdência Social na era do envelhecimento*. Saraiva, 2014.

PINHEIRO, Vinícius Carvalho, Previdência no serviço público: Evolução Recente. In: *In-forme de Previdência Social volume 14, nº 7*. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_081014-104510-076.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

<ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2017/tabua_de_mortalidade_2017_analise.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2018.

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4682-24-janeiro-1923-538815-publicacaooriginal-90368-pl.html>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

<<https://www.bcb.gov.br/content/acessoinformacao/Documents/museu/pub/SintesePadroesMonetariosBrasileiros.pdf>>. Acesso em 28 jan. 2019.

<http://www2.anfip.org.br/publicacoes/livros/includes/livros/arqs-pds/70_anos_de_previdencia_social.PDF>. Acesso em: 28 jan. 2019.

<<https://www.spprevcom.com.br/P/Transparencia/EmNumeros>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

<http://www.fab.mil.br/protECAosocial/pdf/Estudo_da_FGV_ForcAs_Armadas_e_a_PEC_da_Previdencia.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

CONTABILIZAÇÃO DE PASSIVOS E PROVISÕES PELO ESTADO DE SÃO PAULO: ESTUDO DE CASO DO CONTRATO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA DA FUNDAÇÃO PARA O REMÉDIO POPULAR

Accounting for liabilities and provisions by the state of São Paulo: A case study of the public-private partnership agreement of the Fundação para o Remédio Popular

André Rodrigues Junqueira¹

SUMÁRIO

1. Conceito de PPP e a compreensão econômica de risco. 2. Riscos fiscais decorrentes de parcerias público-privadas. 2.1. Assunção de riscos. 2.2. Provisões. 3. O contrato de PPP da FURP. 4. Contabilização dos passivos e provisões de PPP. 4.1. As recomendações do Tribunal de Contas do Estado. 4.2. Propostas de aprimoramento. 5. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo visa a expor a problemática em torno da evidenciação das provisões e passivos decorrentes de contratos de parceria público-privada (PPP) celebrados pelo estado de São Paulo, a partir do estudo de caso de um dos projetos integrantes de sua carteira de PPP. Para consecução dessa tarefa, serão apresentados os conceitos relacionados à contabilização de passivos e provisões pelo estado, sob a perspectiva orçamentária e fiscal. Em paralelo, será exposto um panorama do contrato de concessão administrativa para operação e produção de medicamentos da Fundação para o Remédio Popular (Furp). Ao final, verificar-se-á a forma de exposição dos passivos e provisões na Lei de Diretrizes Orçamentárias e sua aderência com os instrumentos normativos editados pela Secretaria do Tesouro Nacional. A partir do diagnóstico extraído dessa análise, será possível concluir em que medida o estado de São Paulo apresenta as características qualitativas da informação contábil em seus documentos oficiais, permitindo uma boa compreensão de sua situação econômica e patrimonial.

Palavras-chave: Passivos. Provisões. Parcerias público-privadas. Evidenciação. Contrato.

ABSTRACT

The present article aims to expose the problematic surrounding the disclosure of provisions and liabilities arising from public-private partnership (PPP) contracts entered into by the state of São Paulo, based on the case study of one of the projects included in its PPP portfolio. To accomplish this task, the concepts related to the accounting of liabilities and provisions by the state, from a budgetary and fiscal perspective, will be presented. In parallel, an overview of the administrative concession contract for the operation and production of medicines of the Fundação para o Remédio Popular (Furp) will be presented. At the end, the form of exposure of the liabilities and provisions in the Budget Guidelines Law and its adherence to the normative instruments published by the National Treasury Secretariat will be verified. From the analysis extracted from this analysis, it will be possible to conclude to what extent the state of São Paulo presents the qualitative characteristics of the accounting information in its official documents, allowing a good understanding of its economic and patrimonial situation.

Keywords: Liabilities. Provisions. Public-private partnerships. Disclosure. Contract.

¹ Procurador do estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

1. CONCEITO DE PPP E A COMPREENSÃO ECONÔMICA DE RISCO

O contrato de parceria público-privada (PPP) foi regulamentado, em âmbito federal, pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação para tais avenças na Administração Pública.²

Conforme previsto em lei, a PPP é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, de modo que a primeira categoria se refere à concessão de serviços públicos ou de obras públicas, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Por sua vez, a concessão administrativa consiste no contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Assim, a concessão administrativa é a modalidade que pode ser utilizada para prestação de serviços públicos em que a remuneração do concessionário ocorre exclusivamente por contraprestações estatais, ou para o fornecimento de serviços ao estado, com a realização de investimento em infraestrutura pública.

Por sua vez, as concessões patrocinadas são concessões de serviços públicos, cuja remuneração do concessionário é formada por tarifas e contraprestações públicas.

Vale destacar que a lei federal de PPP estabeleceu alguns requisitos próprios que distinguem suas modalidades contratuais das concessões comuns: vedação de projetos inferiores a 10 milhões de reais, prazos contratuais entre 5 anos e 35 anos e vedação à celebração de contratos para o mero fornecimento de mão de obra ou mero fornecimento e instalação de equipamentos ou apenas a realização de obra pública.

Contudo, o diferencial das parcerias público-privadas é o seu aspecto financeiro, que permite o estabelecimento de um sistema de garantias contratuais ao concessionário, reforça compromissos financeiros do ente contratante e determina a constituição de uma sociedade de propósito específico para o empreendimento. Trata-se de modalidade contratual que permitiu abertura do Brasil para novos investimentos de longo prazo, para implementação de projetos de infraestruturas públicas, os quais demandam certo período para amortização do capital e necessitam de financiamento ao privado que disputa a licitação.

Em tais modalidades contratuais, os delineamentos conceituais sobre o risco são essenciais aos projetos, para determinação de uma equação de responsabilidades entre as partes (matriz de riscos), a qual terá reflexos nos instrumentos orçamentários do estado.

A ideia central da matriz de riscos é apresentar às partes um elenco de ocorrências contratuais que podem dificultar a execução do contrato, determinando qual

² Antes da regulamentação promovida pela legislação federal, os estados de São Paulo (Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004) e Minas Gerais (Lei nº 14.869, de 16 de dezembro de 2003) já haviam promulgado leis próprias, de conteúdo abrangente e aderente às disposições nacionais.

parte será responsável por seus efeitos. Uma boa matriz de riscos deve alocar a responsabilidade dos eventos na parte que possui melhores condições de mitigar sua ocorrência ou suportar seu ônus financeiro. Esse documento deve ser um anexo contratual, vinculante às partes.

Historicamente, os diplomas que dispõem sobre contratos administrativos não apresentam uma disciplina sobre repartição de riscos. O que podemos encontrar é uma ligeira evolução no que tange à divisão de responsabilidades entre as partes pública e privada. Inicialmente, a Lei nº 8.666/93 determinou que o contratado é responsável por todos os riscos do empreendimento, como construção, danos causados a terceiros e responsabilidades trabalhistas. Posteriormente, a Lei federal nº 8.987/95 (Lei de Concessões) positivou que o concessionário responderia pela concessão “por sua conta e risco”, o que levou à equivocada interpretação da impossibilidade de divisão de riscos entre as partes nas concessões comuns.³ Por fim, a Lei federal nº 11.079/2004 (Lei de PPP) inovou ao prever a possibilidade de repartição objetiva de riscos entre as partes.

No plano econômico, o conceito de risco é atribuído a Frank Knight, professor da Universidade de Chicago, que publicou em 1921 seu doutoramento sob o título *Risk, Uncertainty and Profit*.⁴ De acordo com sua doutrina, existe uma distinção entre risco e incerteza, de modo que o primeiro pode ser mensurável, ao contrário da incerteza, que não pode ser medida. Se for possível atribuir uma probabilidade à ocorrência de um evento, temos um risco, caso não seja possível, temos uma incerteza.⁵

Referida concepção se dissipou por outros ramos do conhecimento em diversos países. Como exemplo, podemos mencionar o jurista alemão Rolf Stober, que apresenta distinção semelhante entre risco e perigo,⁶ seguido pelo português Pedro Melo, que apresenta três perspectivas diversas para o risco, considerando sua correlação

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 719.

⁴ Foi consultada a reedição de 1964: KNIGHT, Frank. *Risk, Uncertainty and Profit*. New York: Reprints of Economic Classics. Augustus M. Kelley Bookseller, 1964. 381 p.

⁵ Nas palavras do autor: “a incerteza deve ser tomada em um sentido radicalmente diferente da noção familiar de risco, da qual nunca foi devidamente separado. O termo ‘risco’, tão vagamente usado na fala cotidiana e na discussão econômica, abrange realmente duas coisas que, funcionalmente, ao menos em suas relações causais com os fenômenos da organização econômica, são categorias diferentes. (...) uma incerteza mensurável, ou ‘risco’ apropriado, como nós usaremos o termo, é tão diferente de um incontornável que não é de fato uma incerteza em tudo. Por conseguinte, restringiremos o termo ‘incerteza’ a casos do tipo não quantitativo. É essa a verdadeira incerteza, e não o risco, como foi argumentado, que constitui a base de uma teoria válida do lucro e explica a divergência entre concorrência real e teórica”. KNIGHT, Frank. *Risk, Uncertainty and Profit*, p. 19.

⁶ “Em oposição ao perigo, o risco assenta na ocorrência futura, possível mas incerta, de um acontecimento danoso. A diferença para o perigo consiste, por conseguinte, no fato de o decurso danoso e a probabilidade de ocorrência não poderem ser suficientemente apreciados, nem de forma empírica nem de forma cognitiva”. STOBER, Rolf. *Direito administrativo econômico geral*. Tradução Antônio Francisco de Souza. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 399.

com o perigo, especificamente para os contratos de concessão de obras públicas em Portugal:⁷

- (i) o risco como o perigo de um prejuízo decorrente de factos não imputáveis às partes enquanto actos ilícitos;
- (ii) o risco como o perigo de alteração do equilíbrio contratual por força de circunstâncias e de eventos supervenientes; e
- (iii) o risco como o perigo de prejuízos emergentes da impossibilidade superveniente de realização de uma das prestações contratuais.

No contexto doutrinário, coube aos estudiosos do tema a apresentação de critérios classificatórios sobre as modalidades de possíveis riscos em projetos de concessão, como apresentado por Marcos Perez:⁸

A nosso ver, os riscos enredados aos contratos de gestão delegada de serviços ou de concessão de serviços, para os fins específicos deste estudo, devem ser identificados, primeiramente, como: *riscos econômico-financeiros, riscos técnicos, riscos jurídicos e riscos políticos*. Essa classificação genérica serve, como veremos em seguida, para rotular os riscos segundo sua ligação predominante a fatores de ordem econômico-financeira, técnicos, jurídicos ou encobre uma série de âleas sob sua formulação genérica (âleas que merecem explicação e análise pormenorizadas e específicas) e, muito menos, revela *a priori* uma divisão de riscos entre as partes contratuais porque, como já dissemos, *essa divisão deve se dar caso a caso, segundo o perfil e as especificidades de cada concessão*.

Os esclarecimentos apresentados são relevantes para que se possa compreender os eventos que criam a necessidade de provisão para riscos decorrentes de contratos de PPP, de acordo com os instrumentos normativos editados pela Secretaria do Tesouro Nacional, como serão demonstrados a seguir.

2. RISCOS FISCAIS DECORRENTES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A Lei federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, conferiu competência ao órgão técnico do Ministério da Fazenda para edição de normas sobre o controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.⁹

⁷ MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 64.

⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 153.

⁹ “Art. 113. Para fiel e uniforme aplicação das presentes normas, o Conselho Técnico de Economia e Finanças do Ministério da Fazenda atenderá a consultas, coligirá elementos, promoverá o intercâmbio de dados informativos, expedirá recomendações técnicas, quando solicitadas, e atualizará sempre que julgar conveniente, os anexos que integram a presente lei.”

Atualmente, tal competência foi concentrada na Secretaria do Tesouro Nacional e também prevista na Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000.

Diante da necessidade de aprimoramento dos critérios de reconhecimento de despesas e receitas orçamentárias de maneira uniforme para as entidades dos três níveis de governo, foram editados os Procedimentos Contábeis Orçamentários da 7ª edição do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP), aprovados pela Portaria STN nº 840, de 21 de dezembro de 2016.¹⁰ Referida norma técnica traz procedimentos contábeis específicos de diversas naturezas, inclusive para concessões de serviços públicos.

De acordo com o MCASP, em PPP as contraprestações abrangem a remuneração do parceiro privado pela prestação dos serviços e a aquisição do ativo da concessão, quando aplicável. Assim, o passivo referente à remuneração pelos serviços é registrado quando da ocorrência do fato gerador. Por sua vez, o passivo referente à aquisição do ativo é registrado no momento de sua incorporação.¹¹

A natureza do passivo reconhecido difere em cada modelo de concessão, de acordo com a maneira como o concedente compensa o concessionário, ou seja, conforme a essência dos contratos.

Sob o ponto de vista da execução orçamentária e patrimonial, o Manual de Demonstrativos Fiscais, também editado pela Secretaria do Tesouro Nacional, dentro de sua competência regulatória, dispõe sobre a forma de elaboração do demonstrativo das PPPs, que integra o Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO), a ser publicado bimestralmente.

O objetivo de tal demonstrativo é informar os impactos das contratações de PPP nas contas do ente federativo, em especial os ativos constituídos pela SPE, os passivos e as provisões.

A partir de tais demonstrativos, poderá ser verificado o cumprimento dos limites legais à contratação de PPPs, previstos no artigo 28 da Lei federal nº 11.079/2004.¹² Além disso, o demonstrativo pode funcionar como um elemento de análise ao investidor, para verificação do nível de endividamento do ente federativo.

O Anexo 13 do Manual de Demonstrativos Fiscais traz um modelo de demonstrativo das parcerias público-privadas com instruções de preenchimento pelos entes federativos.¹³

¹⁰ Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/mcasp>>. Acesso em 30 jan. 2019.

¹¹ Quando o ativo se referir a uma obra civil, seu reconhecimento ocorrerá proporcionalmente à sua evolução.

¹² Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos estados, Distrito Federal e municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

¹³ Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/mdf>>. Acesso em 30 jan. 2019.

2.1. Assunção de riscos

A Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), estabelece normas sobre finanças públicas direcionadas à responsabilidade na gestão fiscal. Seu artigo 4º determina os requisitos que deverão ser atendidos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, como a obrigação de elaboração do Anexo de Riscos Fiscais, contendo a discriminação dos Riscos Fiscais decorrentes das parcerias público-privadas.

De acordo com o MCASP, os riscos assumidos pelo parceiro público em contratos de PPP podem ser: a) de demanda: quando o parceiro público garante ao parceiro privado receita mínima sobre o fluxo total esperado para o projeto; b) de construção: quando o parceiro público garante ao parceiro privado restituição de parte ou totalidade do curso ou manutenção do bem que exceder ao valor originalmente previsto; c) de disponibilidade: quando o poder concedente garante ao contratado o pagamento de parte ou totalidade da contraprestação independentemente da disponibilização do bem ou fornecimento do serviço; d) cambial: quando o contratante garante ao concessionário uma compensação decorrente da variação de preços de insumos em virtude da flutuação do valor da moeda estrangeira; ou e) operacional: quando o concedente garante ao contratado cobertura em razão de projeção equivocada de custos com manutenção de equipamentos, mão de obra, entre outros elementos.

2.2. Provisões

Provisão é um passivo de prazo ou valor incerto. *O Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público* traz parâmetros para reconhecimento das provisões. Para o reconhecimento de uma provisão, é necessário que exista uma obrigação presente (formalizada ou não) resultante de eventos passados, que seja provável uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos ou potencial de serviços para a extinção da obrigação e seja possível fazer uma estimativa confiável do valor da obrigação.

No que diz respeito à mensuração do valor, deve ser a melhor estimativa do desembolso exigido para se extinguir a obrigação presente na data das demonstrações contábeis.

Os riscos assumidos pelo estado em PPP podem gerar a necessidade de provisionamento de valores nos instrumentos orçamentários e contábeis da Administração Pública. O estudo de caso que será objeto da presente análise se refere a um contrato para produção de medicamentos em que o contratante se responsabilizou pela aquisição da totalidade dos insumos produzidos (assunção do risco de demanda), de modo que, qualquer indício de não cumprimento dessa obrigação precisa ser equacionada pelo contratante, para que se evite o incremento do endividamento público.

3. O CONTRATO DE PPP DA FURP

O contrato de parceria público-privada celebrado entre a Fundação para o Remédio Popular “Chopin Tavares de Lima” (Furp) – fundação governamental de natureza privada e a Concessionária Paulista de Medicamentos (CPM) – sociedade de propósito específico (SPE) constituída para atuar como concessionária de serviço público foi formalizado em 22 de agosto de 2013, tendo o estado de São Paulo, por meio da Secretaria de Estado da Saúde (SES), figurado como interveniente/anuente. Seu objeto é a prestação dos serviços de gestão, operação e manutenção, com fornecimento de bens e realização de obras para adequação da infraestrutura da Indústria Farmacêutica de Américo Brasiliense (IFAB), de propriedade do Poder Concedente, bem como a assessoria ao Poder Concedente para obtenção de registros de medicamentos perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.

O contrato prevê uma Lista Básica de Medicamentos a serem produzidos, composta por 96 itens, com preços estabelecidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), por meio de publicação anual de tabelas com preços máximos para comercialização. O prazo de concessão é de 15 anos, considerando o período originalmente previsto de um ano para o início da produção e de sete anos para o alcance da produção completa da Lista Básica.

Por sua vez, as disposições relativas ao modelo remuneratório determinam que a Furp deve pagar à contratada contraprestações mensais, classificadas como: (i) Contraprestação Básica e (ii) Contraprestação Adicional. O valor da contraprestação básica remunera os itens associados à Lista Básica de Medicamentos e é composto de duas parcelas: a) Parcela A, que compreende a remuneração pelos investimentos realizados, pela adequação da infraestrutura existente na IFAB e pelos serviços de assessoria na obtenção de Registro de Medicamentos; e b) Parcela B, que compreende a remuneração pelos serviços de gestão, operação e manutenção da IFAB e pelo fornecimento de insumos necessários para prover a produção da Lista Básica de Medicamentos.

O critério definido para a Parcela A é de um valor fixo mensal a ser pago por registro de medicamento da Lista Básica. O pagamento inicia-se apenas no momento da produção do primeiro lote de cada produto e deverá perdurar até o fim do prazo contratual. Dessa forma, o pagamento da Parcela A aumentará gradualmente nos primeiros anos da concessão, atingindo o seu valor máximo no momento em que todos os 96 medicamentos que compõem a Lista Básica inicial estiverem em produção.

A Parcela B está relacionada à produção de medicamentos pela fábrica. O valor da parcela, portanto, é definido mensalmente a partir de três itens: (i) volume de medicamentos presentes na Lista Básica e o respectivo (ii) Preço Máximo de Vigência ao governo (PMVG), com a aplicação do (iii) desconto de 49,99% ofertado pelo vencedor da licitação.

Para viabilizar a demanda pelos medicamentos, foi celebrado convênio entre a SES e a Furp em 19 de julho de 2013, com a finalidade de estabelecer objetivos comuns entre as partes para disponibilização de medicamentos fabricados no contexto da PPP à população. Trata-se de instrumento jurídico previsto no edital de licitação

da concessão administrativa, como forma de garantir a demanda pelos medicamentos por meio do orçamento da pasta.

Como pode ser verificado, o adimplemento de parte significativa das parcelas contratuais depende do repasse financeiro feito pela Secretaria da Saúde à Furp para aquisição dos medicamentos fabricados no contexto da PPP, os quais serão distribuídos à população por intermédio de programas sociais. Assim, um abalo ou divergência na forma de cumprimento do convênio celebrado entre o contratante da PPP e a Administração Direta paulista pode afetar o reequilíbrio contratual e crescer o endividamento público estadual.

4. CONTABILIZAÇÃO DOS PASSIVOS E PROVISÕES DE PPP

A forma de contabilização dos passivos e provisões decorrentes dos contratos de PPP pelo estado de São Paulo está em construção, dentro do escopo de aderência aos parâmetros da contabilidade internacional.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Contabilidade aprovou a Norma Brasileira de Contabilidade NBC TSP 05, que dispõe sobre a contabilização dos contratos de concessão, pela ótica do concedente, em conformidade com os padrões internacionais editados pela IPSAS 32 – *Service Concession Arrangements: Grantor*, editada pela *International Public Sector Accounting Standards Board* da *International Federation of Accountants* (IPSASB/Ifac).¹⁴

Assim, as determinações contidas na norma técnica supramencionada já foram incorporadas ao MCASP (exceto quanto às concessões comuns) em capítulo específico sobre as PPP. Desse modo, os instrumentos fiscais e orçamentários do estado devem evidenciar adequadamente os passivos e as provisões de PPP.

4.1. As recomendações do Tribunal de Contas do Estado

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em exame das contas apresentadas pelo governador do estado em 2016, havia apontado que o Poder Executivo necessitava aprimorar a evidenciação de ativos e passivos decorrentes de PPP. Contudo, ao se debruçar sobre as contas apresentadas em 2017, tal Corte compreendeu que suas recomendações foram atendidas, de acordo com a mensuração das obrigações decorrentes dos contratos firmados apresentada na planilha abaixo (“sic”):¹⁵

¹⁴ Disponível em: <<https://cfc.org.br/tecnica/normas-brasileiras-de-contabilidade/nbc-tsp-do-setor-publico/>>. Acesso em 31 jan. 2019.

¹⁵ “TC-3546/989/17 (e-TCESP 3546.989.17-9): Em relação ao processo de convergência às Normas Contábeis Internacionais durante o ano de 2017, conforme destacado pela DCG, houve avanços no reconhecimento do imobilizado, do passivo atuarial, além do reconhecimento inicial dos ativos e passivos em contratos de parceria público-privada (PPP), sendo que, nesse último caso, observou-se o atendimento à recomendação exarada no parecer das contas de 2016 para que “ativos e passivos decorrentes de contratos de PPPs, qual seja: providenciar a contabilização dos ativos e passivos decorrentes das concessões por meio de parcerias

Código Nome Título	Saldo Atual	
	2016	2017
218 – Demais Obrigações a curto prazo	-7.557.646.044,73	-12.324.605.376,21
2181 – Adiantamento de clientes	-70.786.190,81	-74.474.973,55
2186 – Obrigações decorrentes de contratos de PPP		-1.032.824.209,35
2188 – Valores restituíveis	-5.892.446.839,25	-9.131.237.075,98
2189 – Outras obrigações a curto prazo	-1.594.413.014,67	-2.086.069.117,33
228 – Demais obrigações a longo prazo	-6.014.575.063,96	-10.957.272.545,19
2286 – Obrigações decorrentes de contratos de PPP		-2.873.157.323,73
2288 – Valores restituíveis	-3.386.191.522,58	-5.407.029.677,40
2289 – Outras obrigações a longo prazo	-2.628.383.541,38	-2.677.085.544,06
229 – Resultado diferido	-274.635.320,09	441.364.248,61
2291 – Variação patrimonial aumentativa (VPA) diferida	-274.635.320,09	441.364.248,61
Total Geral	-13.846.856.428,78	-22.840.513.672,79

Ocorre que o Balanço Geral do estado (Contas Exercício 2017), no Anexo XIII – Demonstrativo de PPP, traz o seguinte conteúdo:

Anexo 13 - Demonstrativo das Parcerias Público-Privadas

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO REEO - 6o BIMESTRE de 2017 - JANEIRO A DEZEMBRO
ORÇAMENTOS FISCAL E DA SEGURIDADE SOCIAL

Em milhões (R\$)

IMPACTOS DAS CONTRATAÇÕES DE PPP	SALDO TOTAL EM 31 DE DEZEMBRO DE 2016		REGISTROS EXERCÍCIOS DE 2017	
	2016	2017	Até o Bimestre	Até o Bimestre
TOTAL DE ATIVOS	-	-	-	-
Ativos Constituídos pela SPE	-	-	2.737.747	2.737.747
TOTAL DE PASSIVOS	-	-	-	-
Obrigações decorrentes de Ativos Constituídos pela SPE	-	-	3.905.982	3.905.982
Provisões de PPP	-	-	-	-
Outros passivos	-	-	-	-
ATIVOS PATRIMONIAIS PASSIVOS	993.664	2.737.799	2.737.799	1.949.282
Obrigações contratuais	993.664	982.476	982.476	982.476
Garantias concedidas:				
Tensões	0	462.007	462.007	462.007
Linha 6 - CPTM	0	18.079	18.079	18.079
Linha 4 - Merit	0	-1.960	-1.960	532.175
Ind. Farmacêutica de America Brasileira - IFAB - FUPP	55.851	277	277	60.473
Linha 6 - Merit	387.701	1.479	1.479	322.335
Hóspedes - Lote I - III	2.549	12.421.011	12.421.011	12.444.457
Complexos Hospitalares - OS	25.170	70.166	70.166	97.293
Sit. Inf. Metropolitano de Reg. Med. Unidade Sanitaria - UM EMBR - STM	13.488	80	80	17.383

DISPESA DE PPP	DISPESA EXECUTADA 2016	DISPESA PREVISTA 2017	DISPESA EXECUTADA 2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026
Do Bate Federado, exceto estatísticas não dependentes (D)	837.339	2.424.246	1.062.651	3.241.478	3.468.143	3.691.266	3.391.037	1.854.297	1.854.297	1.854.298	1.854.298	1.854.298
Linha 4 - STM/Merit	13.509	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Linha 6 - STM/CPTM	200.242	325.295	319.815	325.295	325.295	325.295	325.295	325.295	325.295	325.295	325.295	325.295
Linha 6 - STM/Merit	184.245	911.758	3.072	1.135.228	1.287.187	817.078	909.042	606.787	606.787	606.787	606.787	606.787
Ind. Farmacêutica de America Brasileira - FUPP-IFAB/MS	38.361	182.016	107.395	207.883	212.300	212.300	212.300	212.300	212.300	212.300	212.300	212.300
Complexos Hospitalares de São Paulo - HS	77.037	118.990	201.268	209.910	204.899	204.899	204.899	204.899	204.899	204.899	204.899	204.899
Linha 18 - STM/Merit	0	414.315	0	774.536	713.498	482.093	404.958	315.918	315.918	315.918	315.918	315.918
Revisão dos Tensões - ST	198.000	493.000	374.104	334.675	749.013	469.847	88.340	0	0	0	0	0
Habilitação - Lote I - III	0	4.320	3.568	18.426	31.822	75.722	82.562	82.562	82.562	82.562	82.562	82.562
Sit. Inf. Metropolitano de Reg. Med. Unidade Sanitaria (SEM EMBR) - STM	25.564	45.544	51.121	55.787	70.078	105.122	153.651	108.506	108.506	108.506	108.506	108.506
Das Estatísticas Não-Dependentes	118.666	118.699	137.833	239.989	410.639	410.639	410.639	410.639	410.639	410.639	410.639	410.639
Sistema Produtor Alfa (Lote) - Subop	118.666	118.699	137.833	118.699	118.699	118.699	118.699	118.699	118.699	118.699	118.699	118.699
Sistema Produtor Alfa (Lote) - Subop												
Sistema Produtor Alfa (Lote) - Subop												
TOTAL DAS DESPESAS	648.008	3.442.448	1.188.474	3.481.699	4.018.778	3.182.991	3.801.677	3.168.897	3.168.897	3.168.277	3.168.794	3.168.794
PPP e Contratos (D)	0	0	0	0	288.871	311.879	378.893	484.478	489.841	478.841	478.841	478.841
Habilitação - Centro SP (Lote II)	-	-	-	0	0	0	4.210	35.085	96.300	107.000	107.000	107.000
Linha 6B - OS - CPTM (Tensão)	-	-	-	0	131.200	147.800	184.000	184.000	184.000	184.000	184.000	184.000
Despesas por bimestre					102.073	164.773	205.161	205.161	205.161	205.161	205.161	205.161
RECEITA CORRENTE LÍQUIDA (RCL) (R)	149.443.197	149.889.449	151.463.454	153.326.697	154.869.818	156.739.122	158.453.764	160.272.827	162.014.979	163.871.141	165.658.442	167.510.283
TOTAL DAS DESPESAS CONSIDERADAS PARA O LIMITE (D + I - R)	837.339	2.424.246	1.062.681	3.243.439	3.842.813	3.084.239	3.766.888	3.169.888	3.233.896	3.232.899	3.232.899	3.232.899
TOTAL DAS DESPESAS RCL (RCL - (D + I - R))	6.605	1.020	0.783	2.237	2.049	1.922	1.794	1.218	1.218	1.218	1.218	1.218

1) Companhia Paulista de Parcerias - CPP - Operações de PPP - Emissão: 19/01/2015 às 11:50h
 2) Secretaria de Governo/Secretaria de Parcerias e Inovação - UPPP - Despesas de PPPs - Emissão: 16/01/2018, às 12:40h
 NOTAS
 1) RCL Exercício anterior - Anexo III do Relatório Remunido da Execução Orçamentária 0º Bimestre RCL do exercício corrente - Lei Complementar nº 101/2000 (LRP) art. 2º, inciso IV, § 1º, 2ª, 3ª e 4ª, conforme MDSP nº 04. RCL dos exercícios anteriores foi aplicada a taxa de crescimento real de PIB disponível no site do STN/Manual de Instruções de Fluxos - MDI setembro/2017, conforme orientação de Manual dos Demonstrativos Financeiros (DF) edição - Portaria STN nº 493/2017.
 2) Conforme Lei nº 11.079, de 2004, Art. 25, "caput", as despesas de contratos de PPP são pagas pelo usuário e limite de 2% de Receita Corrente Líquida (RCL) do usuário pelo art. 12, IV, de 2012.
 3) O 2º de Art. 25, de referência Lei, determina que a aplicação de limite previsto no caput desta artigo, seja considerada as despesas de contratos de parceria celebradas pela administração pública direta e indireta e demais entidades controladas pelo respectivo ente, excetuadas as empresas estatais não dependentes. (Redação dada pela Lei nº 12.024, de 2009).
 4) As informações sobre ativos e passivos decorrentes dos contratos de PPPs foram geradas através do Controle Programático de Contabilidade Pública Estadual às Normas Internacionais de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público e cujo vínculo a Portaria nº 493/2017 de STN é iniciada a partir de dezembro de 2017.
 5) Os valores das UPPP a contratar podem sofrer significativas alterações de valores por consequência natural da maturação de suas modalidades, após cumpridas as diversas fases que antecedem as efetivas contratações.
 6) Segundo a UPPP (Classe de Parceria Público-Privada), os valores de despesa necessários é que não são tão inferidos, permanecendo como despesa prevista.

público-privadas conforme previsto na NBC TSP 05". (...) "Anoto, ainda, que a recomendação exarada nas contas de 2016 no sentido de que fossem contabilizados os ativos e passivos decorrentes das concessões através de PPP, conforme previsto na NBC TSP 05 foi atendida (Total de Ativos – R\$ 2.727.767 mil e Total de Passivos – R\$ 3.905.982 mil)". Parecer da Assessoria Técnico-Jurídica. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/portal/TC%203546-989-17-AJT-juridica.pdf>. Acesso em 31/1/2019.

Como pode ser verificado, não existe qualquer registro de provisões ou outros passivos decorrentes das PPPs, mas apenas de obrigações decorrentes de ativos constituídos pela SPE. Vale ressaltar que o Relatório Resumido da Execução Orçamentária referente ao período de julho a agosto de 2018 apresenta a mesma informação.

Ao realizarmos o cotejo entre o cenário verificado no quadro acima e o Anexo de Riscos Fiscais do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias 2019 (Riscos Fiscais Decorrentes de PPP), verifica-se um potencial descompasso de informações.¹⁶ Isso porque, ao analisarmos a descrição dos riscos decorrentes dos empreendimentos de PPP, é possível observar o relato de uma série de eventos aptos a gerar a necessidade de provisionamento que não foram considerados no Balanço Geral do Estado.

Considerando exclusivamente o contrato de PPP da Furp, objeto de análise pelo presente artigo, o relato do projeto de lei em questão afirma que existe um potencial de não cumprimento das diretrizes definidas em convênio celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Furp para aquisição dos medicamentos fabricados pela concessionária contratada, de modo que tal evento pode impossibilitar o Poder Concedente de realizar os pagamentos das contraprestações contratuais, gerando um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato. Dessa forma, foi mencionado que estão sendo conduzidas providências para eventuais passivos, caso esse risco se consuma.

A despeito da situação narrada, o Balanço Geral do Estado não refletiu qualquer provisão decorrente de tal evento, o que permite concluir que as contas apresentadas pelo governador não respeitaram as características qualitativas da informação contábil no quesito avaliado.

4.2. Propostas de aprimoramento

Para solução do problema, seria recomendável que os responsáveis pela gestão contratual, ou ainda a Comissão de Acompanhamento dos Contratos de Parcerias Público-Privadas (CAC-PPP), solicitassem uma retificação no projeto de lei, com a finalidade de contemplar o provisionamento do risco contratual analisado acima. Igualmente, os relatórios resumidos da Execução Orçamentária de 2019 também precisariam refletir essa realidade, assim como o próximo Balanço Geral a ser apresentado pelo estado de São Paulo.

No caso, a atuação da CAC-PPP seria justificada em razão das competências atribuídas a tal órgão, disciplinado pelo Decreto estadual nº 62.540, de 11 de abril de 2017. Referida comissão foi estruturada com a missão de exercer o monitoramento da execução de todos os contratos de parcerias público-privadas celebrados pela Administração direta e indireta. A CAC-PPP é composta por cinco membros, componentes dos seguintes órgãos/entidades: Secretaria da Fazenda, Companhia Paulista de

¹⁶ Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/leis/orcamento/>>. Acesso em 30/1/2019.

Parcerias, Secretaria de Planejamento e Gestão, Secretaria de Governo e Procuradoria-Geral do Estado.

A partir do momento em que o estado de São Paulo conseguiu aprimorar a mensuração do seu nível de endividamento decorrente dos contratos de PPP, poderá haver uma sinalização mais precisa aos investidores sobre o nível de confiança dos empreendimentos estatais, assim como maior controle dos potenciais dispêndios públicos, evitando-se riscos de inadimplemento contratual ou de perda de controle contábil e fiscal.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou um breve panorama sobre a estimativa de passivos e provisões decorrentes dos contratos de PPP celebrados pelo estado de São Paulo, com a análise das mensurações específicas realizadas no Balanço Geral do estado e na proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias 2019 para o contrato de PPP da Fundação para o Remédio Popular.

Os resultados da análise demonstraram a necessidade de aprimoramento, ao menos, da escrituração das provisões para o empreendimento de PPP supramencionado, em razão da potencial materialização de riscos assumidos pelo contratante e já divulgados em documentos públicos oficiais.

A importância da adequada mensuração de passivos e provisões busca obedecer às diretrizes de unificação da contabilidade internacional, a qual determina o cumprimento de características qualitativas da informação contábil pelos entes governamentais. Como exemplo de tais diretrizes, pode ser mencionado o princípio da prudência, a primazia da essência sobre a forma, o postulado da uniformidade, entre outros.¹⁷

Somente através do adequado cumprimento das diretrizes jurídicas, contábeis, fiscais e orçamentárias os entes federativos poderão ter empreendimentos de PPP bem-estruturados, com adequada prestação dos serviços, que se reflitam nas vantagens esperadas pelo estado (e a sociedade) e atendam às necessárias estimativas de retorno financeiro dos parceiros privados.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 719.

KNIGHT, Frank. *Risk, Uncertainty and Profit*. New York: Reprints of Economic Classics. Augustus M. Kelley Bookseller, 1964. 381 p.

¹⁷ Sobre o princípio da prudência: “Esta convenção consiste em que, por motivos de precaução, sempre que o contador defrontar com alternativas igualmente válidas de atribuir valores diferentes a um elemento do ativo (ou passivo), deverá optar pelo mais baixo para o ativo e pelo mais alto para o passivo. In: IUDÍCIBUS, Sérgio (e outros). *Contabilidade Introdutória*. 11. edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 293.

Manual de Demonstrativos Fiscais (editado pela Secretaria do Tesouro Nacional). Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/mdf>>. Acesso em 30 jan. 2019.

MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 64.

Norma Brasileira de Contabilidade NBC TSP 05. Disponível em: <<https://cfc.org.br/tecnica/normas-brasileiras-de-contabilidade/nbc-tsp-do-setor-publico/>>. Acesso em 30 jan. 2019.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 153.

Procedimentos Contábeis Orçamentários da 7ª edição do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP). Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/mcasp>>. Acesso em 30/1/2019.

STOBER, Rolf. *Direito administrativo econômico geral*. Tradução António Francisco de Souza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 399.

AS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO E A IMPORTÂNCIA PARA A PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE: UM LEVANTAMENTO DAS NOVAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO PARTICULARES RECONHECIDAS PELO ESTADO DE SÃO PAULO DESDE A 10ª CONFERÊNCIA DAS PARTES DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA (COP-10) E A CORRELAÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E AS METAS DE AICHI COM OS PROGRAMAS DESENVOLVIDOS PELO ESTADO DE SÃO PAULO PARA INCENTIVAR A CRIAÇÃO E A GESTÃO EFICIENTE DAS RESERVAS PARTICULARES DO PATRIMÔNIO NATURAL¹

The protected areas and the importance to the biodiversity protection: a survey from the new private protected areas acknowledged by the State of São Paulo since the 10th Convention of Biological Diversity (COP-10/CBD) and the correlation between the Sustainable Development Goals and Aichi Biodiversity Targets with the programs developed by the State of São Paulo to incentive the creation and efficient management of Private Natural Heritage Reserves

Jéssica de Carvalho Hipólito²

SUMÁRIO

Introdução. 1. O que são as Reservas Particulares do Patrimônio Natural? 2. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e as Metas de Aichi. 2.1. As Metas de Aichi e a Convenção sobre Diversidade Biológica. 2.2. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 3. Programas e projetos do Estado de São Paulo para incentivo e apoio das Reservas Particulares do Patrimônio Natural. 3.1. Breve perspectiva econômica da atuação estatal e instrumentos de incentivo. 3.2. Programas e projetos do estado de São Paulo. 3.2.1. Crédito Ambiental Paulista RPPN. 3.2.2. Plano de Apoio à Proteção das Reservas Particulares do Patrimônio Natural. 4. Análise da correlação entre os resultados dos programas de apoio e incentivo às RPPNs paulistas e as Metas de Aichi (Meta nº 11) e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Objetivos nº 13 e 15). 5. Conclusão. Referências.

¹ O artigo científico foi objeto de palestra apresentada pela autora no evento intitulado: “Biodiversity Law and Conference Day”, da 14ª reunião da Conferência das Partes (COP 14), da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), da Organização das Nações Unidas (ONU), ocorrida em Sharm El-Sheikh, no Egito, em 23 de novembro de 2018. A apresentação se deu no painel da Universidade de São Paulo, denominado “O papel da conservação da biodiversidade no cumprimento de objetivos de desenvolvimento sustentável – ODS”, que foi coordenado pela professora e superintendente de Gestão Ambiental da Universidade de São Paulo, prof^{fa}. dra. Patrícia Faga Iglecias Lemos.

² Especialista em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito de São Paulo; e curso de extensão em Direito Ambiental e Regularização Fundiária, pelo Centro de Estudos da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo; bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo; advogada lotada na Assessoria Jurídica da Fundação para Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo – (Fundação Florestal) e pesquisadora associada do Projeto Conexão Mata Atlântica da Fapesp, em parceria com a Universidade de São Paulo (USP).

RESUMO

Este trabalho visa a analisar as políticas de incentivo formatadas pelo estado de São Paulo com a finalidade de estimular a criação de novas Reservas Particulares do Patrimônio Natural, bem como os instrumentos elaborados com o intuito de apoiar a gestão e a manutenção das áreas protegidas. A avaliação dos projetos tem por finalidade correlacionar as estratégias e os resultados identificados nos instrumentos estaduais, com as Metas de Aichi e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que compõem a agenda internacional ambiental para a proteção e ampliação das áreas protegidas, mitigação da perda da biodiversidade e das mudanças climáticas.

Palavras-chave: Reserva Particular do Patrimônio Natural. Metas de Aichi. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Políticas públicas. Biodiversidade.

ABSTRACT

This work aims to analyze incentive policies formatted by the state of São Paulo with the purpose of encouraging the creation of new Private Natural Heritage Reserves (“RPPNs”), as well as the instruments elaborated to support the management and maintenance of protected areas. The evaluation of the projects aims to correlate the strategies and results identified in the state instruments with the Aichi Biodiversity Targets and the Sustainable Development Goals, which set the international environmental agenda for the protection and expansion of the protected areas, the mitigation of the biodiversity loss and climate change.

Keywords: Private Natural Heritage Reserves. Aichi Biodiversity Targets. Sustainable Development Goals. Public policies. Biodiversity.

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil estabeleceu em sua Carta Constitucional de 1988 que todas as unidades da federação teriam que instituir espaços territoriais especialmente protegidos (artigo 225, parágrafo 1º, inciso III³) e, a partir da sua promulgação, as políticas ambientais têm mostrado relevantes avanços.

Diante desse cenário, observou-se que ao longo das últimas décadas o Brasil tem desempenhado papel significativo no que se refere à participação na agenda internacional ambiental – movimento salutar para o avanço dos marcos legais e estabelecimento de políticas de apoio à proteção do meio ambiente. A título de exemplo, podemos citar como relevantes marcos no âmbito internacional a Conferência da Organização das Nações Unidas - ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (“Rio-92”), a subscrição do protocolo de Kyoto em 2002 e,

³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: III - definir, em todas as unidades da federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

especificamente para as discussões travadas neste trabalho, a Convenção de Diversidade Biológica, de 2010.

Nesse mesmo diapasão, as Metas de Aichi e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável estipularam relevantes designios na esfera ambiental, que exigem estruturação para que consigam ser alcançados, considerando que o Brasil possui cinco importantes biomas continentais, o maior sistema fluvial do mundo, a maior floresta tropical – Amazônia –, além de dois dos 19 *hotspots* mundiais, quais sejam: a *Mata Atlântica* e o *Cerrado* (PRATES; IRVING, 2015, p. 27-57).

Na esteira dessas considerações, é importante esclarecer que a responsabilidade pela defesa e preservação do meio ambiente é dever do poder público e da coletividade, nos termos do artigo 225, *caput*, da Constituição Federal. Com a finalidade de garantir a manutenção das políticas conservacionistas – que somente se aperfeiçoam e se propagam entre as gerações por meio do efetivo apoio e participação da sociedade – é que o estado de São Paulo tem arquitetado projetos que visam a incentivar a atuação da coletividade como protagonistas na preservação do meio ambiente.

O que se pretende neste trabalho é estudar os instrumentos propostos e desenvolvidos pelo governo do estado de São Paulo para incentivar a criação e a gestão eficiente de unidades de conservação criadas por membros da sociedade civil – denominadas de Reservas Particulares do Patrimônio Natural - RPPN – com a finalidade de ampliar a proteção da biodiversidade e, ao fim, correlacionar tais estratégias de incentivo aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (especialmente, os objetivos nº 13 e nº 15) e às Metas de Aichi (Meta nº 11).

O recorte proposto para este estudo restou delimitado a dois projetos estruturados pelo estado de São Paulo: (i) o projeto denominado Crédito Ambiental Paulista (CAP-RPPN), que propõe o pagamento por serviços ambientais prestados pelos proprietários de RPPNs, em contraprestação a ações promovidas em prol da proteção da biodiversidade e dos recursos hídricos; e (ii) o Plano de apoio à proteção das Reservas Particulares do Patrimônio Natural, que objetiva a atuação conjunta do poder público, dos proprietários e das entidades parceiras com o fito de elaborar estratégias para prevenção de degradações ambientais; sistematização de informações de interesse para a fiscalização; e execução de ações de monitoramento de crimes e infrações ambientais no interior das RPPNs.

Como recorte temporal para a formulação da pesquisa, adotou-se o ano 2010, em razão do estabelecimento das Metas de Aichi – observe-se que os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável datam de 2015 e, por esse motivo, está compreendido no período escolhido para a análise deste estudo.

Feitos os esclarecimentos preambulares, passemos ao enfrentamento dos temas destrinchados nos tópicos subsequentes.

1. O QUE SÃO AS RESERVAS PARTICULARES DO PATRIMÔNIO NATURAL?

As Reservas Particulares do Patrimônio Natural - RPPN constituem unidades de conservação integrantes do grupo de uso sustentável⁴, segundo as categorias disciplinadas pela Lei federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC⁵.

Nos termos do artigo 21 da referida lei⁶, as RPPNs são voluntariamente instituídas em áreas privadas e gravadas com cláusula de perpetuidade, objetivando a conservação da diversidade biológica e dos atributos naturais existentes em seus domínios.

Conforme é possível denotar da leitura do artigo acima citado, o legislador se preocupou em externar a necessidade da formalização de *termo de compromisso* junto ao órgão ambiental, o qual tem a incumbência de analisar a *existência de interesse público* na constituição da RPPN. No mais, consignou as limitações com relação às atividades praticadas nas RPPNs, sendo possíveis, tão somente, as *pesquisas científicas e a visitação com objetivos turísticos, recreativos e educacionais*.

Considerando o regramento rigoroso com relação aos usos e atividades no interior das RPPNs, os estudiosos sobre o tema têm se posicionado no sentido de que, muito embora a Lei nº 9.985/2000 tenha classificado as RPPNs como unidades de conservação de uso sustentável, possuem, na realidade, características de **unidades de proteção integral** (WIEDMANN, 2001, 400-424).

O Decreto federal nº 5.746, de 5 de abril de 2006, regulamentou o artigo 21 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, de forma que estabeleceu procedimento detalhado sobre a criação de RPPNs no âmbito da Administração Pública federal.

⁴ Lei federal nº 9.985/2000. Art. 2º, inciso XI: “uso sustentável: exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável;”.

⁵ Importante ressaltar que muito embora a Lei federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000 seja o marco de criação e regulamentação das RPPNs, as propriedades particulares de conservação ambiental já eram previstas desde o Código Florestal de 1934 (Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934), por meio das denominadas “Florestas Protetoras”, criadas por iniciativa do proprietário rural, com caráter perene e inalienáveis. O Decreto federal nº 98.914, de 31 de janeiro de 1990 (que regulamentou a disposição prevista no art. 6º, da Lei federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965), disciplinou Reservas Particulares do Patrimônio Natural com inúmeras das características atualmente verificadas na legislação vigente, dentre elas: a iniciativa do particular para a sua instituição, o caráter perpétuo de seu reconhecimento, a necessidade de identificação das condições naturais hábeis e interessantes à preservação de aspecto paisagístico e a importância da preservação do ciclo biológico de espécies da fauna ou da flora nativos do Brasil. Ato contínuo, o Decreto federal nº 1.922, de 5 de junho de 1996, revogou o sobredito Decreto nº 98.194/1990, para fins de ressaltar a relação imediata entre as RPPNs e a preservação da biodiversidade e para a proteção dos recursos ambientais representativos da região. O diploma legal regulamentar também previu a possibilidade de desenvolvimento de atividades de cunho científico, cultural, educacional, recreativo e de lazer. (WIEDMANN, 2001, 400-424).

⁶ Art. 21. A Reserva Particular do Patrimônio Natural é uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica.

^{§ 2º} Só poderá ser permitida, na Reserva Particular do Patrimônio Natural, conforme se dispuser em regulamento: I - a pesquisa científica; II - a visitação com objetivos turísticos, recreativos e educacionais.

Na esfera dos demais entes federativos, houve a edição de normas específicas, em observância e subordinação à regulamentação geral federal. Nesse cenário, o estado de São Paulo editou o Decreto estadual nº 60.302, de 27 de março de 2014, que institui o Sistema de Informação e Gestão de Áreas Protegidas e de Interesse Ambiental do Estado de São Paulo – (Sigap); e o Decreto estadual nº 51.150, de 3 de outubro de 2006, que dispõe sobre o reconhecimento das Reservas Particulares do Patrimônio Natural no âmbito do estado de São Paulo e institui o Programa Estadual de Apoio às Reservas Particulares do Patrimônio Natural, sob coordenação da Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo (Fundação Florestal).

O procedimento para instituição das RPPNs no estado de São Paulo contou ainda com a edição da Portaria Normativa nº 37, de 22 de fevereiro de 2007, da Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo (Fundação Florestal).

O processo de criação da unidade de conservação decorre da confluência de atuações do proprietário da área e do poder público. No estado de São Paulo, os atos consistem, em breve síntese, na: (i) *apresentação voluntária de requerimento do reconhecimento da RPPN pelo proprietário à Fundação Florestal*; (ii) *análise técnica pela Fundação Florestal, que emitirá parecer conclusivo sobre a constituição da unidade, pautado na tipologia vegetal, paisagem, hidrografia e o estado de conservação dos atributos ambientais verificados na propriedade*; (iii) *avaliação do pedido pela Secretaria do Meio Ambiente, que, sendo favorável, editará uma resolução de reconhecimento da RPPN*; e (iv) *gravação da RPPN na matrícula do imóvel, com a cláusula de perpetuidade, pelo proprietário*.

Nesse diapasão, faz-se importante observar que, embora o poder público participe do processo de criação, as responsabilidades pela manutenção dos atributos ambientais que justificaram a criação da RPPN, bem como os demais ônus relacionados à propriedade, ficarão a cargo do proprietário, sendo que ao poder público incumbirá somente o dever de fiscalização.

Diante das considerações acima delineadas, é possível inferir que as RPPNs prestam relevantes serviços ecossistêmicos a toda coletividade, especialmente na medida em que a rigidez regulamentar conferida a tais unidades as aproximam da proteção normatizada aos parques nacionais (art. 11, *caput*, do SNUC)⁷. Somando a isso, é conveniente ressaltar que as RPPNs deixam de demandar o patrocínio por parte do poder público e, assim sendo, todos os benefícios viabilizados pelas RPPNs advêm da atuação de particulares.

⁷ Art. 11. O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

Por todos esses motivos é que se entende que as RPPNs devem ser incentivadas, para que atinjam áreas ainda maiores e propaguem a preservação ambiental pela coletividade.

2. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E AS METAS DE AICHI

2.1. As Metas de Aichi e a Convenção sobre Diversidade Biológica

A 10ª Conferência das Partes (COP-10) da Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB realizada na cidade de Nagoya, província de Aichi, no Japão, aprovou o Plano Estratégico de Nagoya 2011-2020, que estabeleceu ações que têm por finalidade obstar a perda da biodiversidade mundial.

O Secretariado da CDB propôs o estabelecimento de um novo conjunto de metas⁸, na forma de objetivos de longo prazo, que restou materializado em **20 proposições, denominadas Metas de Aichi**, acordadas entre os países que integram a CDB.

Sobreditas metas foram organizadas em cinco objetivos estratégicos, quais sejam: (a) tratar as verdadeiras causas da perda de biodiversidade internalizando o tema “biodiversidade” em todo o governo e sociedade; (b) reduzir as pressões diretas sobre biodiversidade e promover utilização sustentável; (c) melhorar a situação – *status* – da biodiversidade, protegendo ecossistemas, espécies e diversidade genética; (d) aumentar os benefícios de biodiversidade e serviços ecossistêmicos para todos; e (e) aprimorar, ampliar a implementação por meio do planejamento participativo, gestão de conhecimento e capacitação (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2018; SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE, 2018).

A Convenção sobre Diversidade Biológica foi assinada em 5 de junho de 1992, durante a Conferência da Organização das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (“Rio-92”), e ratificada pelo Brasil em 3 de fevereiro de 1994, com o advento do Decreto Legislativo nº 2, de 1994⁹, e, subsequentemente, promulgado por meio do Decreto federal nº 2.519, de 16 de março de 1998. É considerado um acordo mundial que tem por objetivo a conservação da biodiversidade, o uso sustentável de seus componentes e a divisão equitativa e justa dos benefícios gerados com a utilização de recursos genéticos.

A CDB é classificada como uma *Convenção Quadro*, ou seja, limita-se a estabelecer objetivos, deixando a cargo de cada Estado membro a composição de estratégias de implementação (MILARÉ, 2014, p. 1566-1601). No mais, é importante pontuar que

⁸ Importante mencionar a existência de conjunto de metas outrora estabelecidas para o período de 2002 a 2010.

⁹ Informação extraída do site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 22 out. 18.

a violação das diretrizes acordadas não acarreta sanções aos países signatários, todavia, tem se mostrado salutar instrumento diplomático e valioso para definições de parâmetros e condutas dos países membros (PRATES; IRVING, 2015, p. 27-57).

No que concerne especificamente ao estado de São Paulo, relevante citar a edição do Decreto estadual nº 57.402, de 6 de outubro de 2011, que criou a Comissão Paulista da Biodiversidade para implementar as metas nas terras e nas águas paulistas, coordenada pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente.

Entre as metas estabelecidas, merece destaque a *Meta 11*, que estabelece a criação de novas áreas protegidas e a interligação entre elas, conforme a transcrição abaixo delineada:

Meta 11. Até 2020, que pelo menos 17% das áreas terrestres e de águas continentais, e pelo menos 10% das áreas costeiras e marinhas, especialmente áreas de particular importância para a biodiversidade e para os serviços ecossistêmicos, terão sido conservados por meio de sistemas de áreas protegidas, geridas de maneira efetiva e equitativa, ecologicamente representativas e satisfatoriamente interligadas e por outras medidas espaciais de conservação, e integradas em paisagens terrestres e marinhas mais amplas. (g.n.)

Feitas as reflexões pertinentes às Metas de Aichi, passaremos a tratar de outros importantes instrumentos diplomáticos relacionados ao bem-estar da população mundial e diretamente atrelados à causa ambiental, quais sejam os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS.

2.2. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

Em 2012, foi realizada a Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável (“Rio + 20”), que culminou na formação de um Grupo Aberto de Trabalho que elaborou um documento de atualização dos *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*. O resultado dos trabalhos desenvolvidos foi a aprovação pela Assembleia Geral da ONU do documento intitulado *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável* e dos *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS*, na Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, realizada na sede da ONU em Nova York, em setembro de 2015 (NAÇÕES UNIDAS, 2018).

A agenda consiste em 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os quais podem ser subdivididos em cinco metas gerais diretamente relacionadas ao desenvolvimento sustentável, quais sejam: (i) *pessoas*: erradicar a pobreza e a fome de todas as maneiras e garantir a dignidade e a igualdade; (ii) *planeta*: proteger os recursos naturais e o clima do planeta para as futuras gerações; (iii) *prosperidade*: garantir vidas prósperas e planas, em harmonia com a natureza; (iv) *paz*: promover sociedades pacíficas justas e inclusivas; e (v) *parcerias*: implementar a agenda por meio de uma parceria global sólida.

O estado de São Paulo constituiu um Grupo de Trabalho Intersecretarial, por meio do Decreto estadual nº 62.063, de 27 de junho de 2016, com a finalidade de implementar os ODS. O grupo é composto pelas secretarias de Estado e é coordenado pela Assessoria Internacional da Secretaria da Casa Civil. Essa disseminação entre as secretarias de Estado se mostra frutífera e conveniente, na medida em que os ODS tratam de questões notoriamente intrínsecas ao governo, quais sejam: aspectos econômicos, sociais e ambientais. Nesse raciocínio são as colocações constantes do *Relatório de Qualidade Ambiental de 2018*, elaborado pela Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo - SMA:

Os ODS são integrados e indivisíveis, e mesclam, de forma equilibrada, as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. Também são universais, o que significa que se aplicam a todos os países do mundo e devem ser alcançados em âmbitos global, nacional e subnacional. (SÃO PAULO, 2018, p. 353).

Entre os objetivos relacionados à *proteção dos recursos naturais e o clima do planeta para as futuras gerações*, destacamos os objetivos nº 13 e nº 15¹⁰, para fins de análise no bojo deste trabalho, os quais seguem descritos abaixo:

Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos.

Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade.

Por fim, a título de complementação, é válido pontuar que o Acordo de Paris – que substituirá o Protocolo de Kyoto – restou produzido subsequentemente aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o que demonstra uma sinergia relevante no que diz respeito às agendas mundiais sobre as posturas intergovernamentais e à preocupação com as mudanças climáticas com relação ao bem-estar das futuras gerações, tal como se aduz das palavras de Renan Eschiletti Machado Guimarães e Ricardo Libel Waldman:

(...) Pois bem, cerca de três meses depois da aprovação dos ODS, era elaborado e assinado o Acordo de Paris, que guiará a política internacional de adaptação e combate às mudanças climáticas, em substituição ao Protocolo de Kyoto. Logo, apesar de os ODS não possuírem efeitos vinculantes, são complementados pela força do Acordo de Paris e vice-versa, de modo que o documento extraconvencional (Agenda 2030) guia o

¹⁰ Informação extraída do site das Nações Unidas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/>>. Acesso em 5 out. 2018.

convencional (Acordo de Paris) e por esse guiado. (GUIMARÃES, WALDMAN; 2017, p. 515-537).

Examinadas as agendas ambientais especificamente selecionadas ao desenvolvimento deste estudo, o tópico subsequente discorrerá sobre algumas das estratégias centrais definidas pelo estado de São Paulo – por meio da atuação direta da Fundação Florestal e da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo - SMA – para incentivar as Reservas Particulares do Patrimônio Natural.

3. PROGRAMAS E PROJETOS DO ESTADO DE SÃO PAULO PARA INCENTIVO E APOIO DAS RESERVAS PARTICULARES DO PATRIMÔNIO NATURAL

3.1. Breve perspectiva econômica da atuação estatal e instrumentos de incentivo

Um dos problemas notoriamente relacionados às unidades de conservação criadas pelo poder público diz respeito aos elevados custos de implementação e de manutenção¹¹ (LANGLERY, 2001, p. 116-163), além dos desafios complexos diante dos inúmeros interesses econômicos e conflitos sociais transversalmente envolvidos (PRATES; IRVING, 2015, p. 27-57).

Uma abordagem acerca do aspecto econômico evidencia a ocorrência de falhas de mercado no âmbito dos serviços e bens ambientais, na medida em que o mercado não logra êxito em alocar os recursos sociais de modo a gerar o maior bem-estar social possível. (NUSDEO, 2018, p. 17).

Nas palavras da professora Ana Maria de Oliveira Nusdeo:

(...) o mercado falha na valoração adequada da conservação de áreas florestais não obstante seus valiosos serviços, uma vez que o preço da madeira, da terra urbanizada ou dos produtos agrícolas é muito mais alto, o que leva ao desmatamento (...) os mercados não são capazes de direcionar as decisões econômicas no sentido da conservação. (NUSDEO, 2018, p. 18).

Dessa forma, a questão ambiental estaria associada a duas falhas de mercado, sejam elas: as externalidades e os bens públicos¹².

¹¹ A título de exemplo, possível citar: desapropriações, elaboração e implantação do plano de manejo, fiscalização extensiva da unidade de conservação, contratação de pessoal e estruturação administrativa e econômica para gerir a unidade de conservação.

¹² “**Externalidades** são custos ou benefícios cujos ônus ou vantagens recaem sobre terceiros ao invés daqueles que participaram de uma transação de mercado. (...) **As externalidades podem ser, assim, negativas ou positivas.** Ambas estão ligadas a questões ambientais, porque seus custos são suportados por terceiros que podem ser indivíduos (um vizinho de uma área contaminada cuja contaminação infiltrou-se no solo de sua propriedade), um grupo (uma comunidade que se abastece de recursos hídricos poluídos), ou a sociedade como um todo (pessoas afetadas pelas mudanças climáticas derivadas de diferentes atividades antrópicas) (...) **Bens públicos são tipo de externalidade positiva caracterizada por dois elementos específicos: a não exclusividade e a não rivalidade** (...) A biodiversidade e a estabilidade climática são bens públicos. (...)” g.n. (NUSDEO, 2018, p. 18/19).

Na obra “*Curso de Economia*”, o professor Fábio Nusdeo explicita que o Direito Ambiental delineou alternativa com o fito de sanear a falha da externalidade negativa e, de forma espelhada, formulou instrumentos de concessão de benefícios quando da consecução de externalidade positivas, *in verbis*:

(...) Havendo um princípio de Direito Ambiental que serve à correção das externalidades negativas – o do poluidor pagador – ações de compensação por externalidades positivas, incentivadas pela legislação levaram à concepção de um novo princípio nesta área do direito. **Trata-se do princípio do “protetor-recebedor”, que consiste na concessão de um benefício (em pecúnia ou não) àqueles que conservam ou recuperam o meio ambiente, em condições definidas especificamente. Além de aplicar-se ao tema do pagamento por serviços ambientais**, o princípio aplica-se a outros temas da legislação ambiental, sendo especificamente referido pela lei nº 12.305/2010, relativa à Política Nacional de Resíduos Sólidos. (g.n.) (NUSDEO, 2016, 326/329).

No sentido das considerações alinhavadas acima, denota-se que as normas podem atender a um *caráter funcional*: sendo possível incentivar ou desencorajar determinados comportamentos. A esse respeito, se faz possível citar as normas de comando e controle (condutas repressivas perpetradas após o descumprimento da norma) e as normas de indução (concessão de benesses em razão da prática das condutas incentivadas).

Nesse diapasão, o Pagamento por Serviços Ambientais é considerado um modelo dessas políticas de incentivos, podendo ser conceituado, nas palavras da professora Ana Maria de Oliveira Nusdeo:

(...) transações entre duas ou mais partes envolvendo a remuneração àqueles que promovem a conservação, recomposição, incremento ou manejo de áreas de vegetação consideradas aptas a fornecer certos serviços ambientais.

Sven Wunder aponta cinco características do que chama de “princípio do pagamento por serviços ambientais”: as transações devem ser voluntárias; o serviço tem que ser bem definido ou, ao menos, determinado o uso da terra tido como necessário para provê-lo; que exista um comprador, pelo menos, e, no mínimo, um vendedor; e, finalmente, necessário estar o pagamento condicionado à provisão do serviço. (...) vale dizer, a lógica econômica por trás dos pagamentos não significa uma lógica de mercado (...). (NUSDEO, 2018, p. 69-70).

Conforme será mais bem-detalhado nos itens subsequentes, o estado de São Paulo desenvolveu projeto inovador relacionado aos pagamentos por serviços ambientais para as Reservas Particulares do Patrimônio Natural, denominado “CAP-RPPN”.

3.2. Programa Estadual de Apoio às Reservas Particulares do Patrimônio Natural – “Programa RPPN Paulistas”

O Programa Estadual de Apoio às Reservas Particulares do Patrimônio Natural (Programa RPPN Paulistas) foi instituído com o advento do Decreto estadual nº 51.150, de 3 de outubro de 2006.

Conforme aduzido no artigo 1º do Decreto estadual nº 51.150/2006, o programa objetiva estimular a criação e implementação de RPPNs, por meio da coordenação da Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo (“Fundação Florestal”), mediante as seguintes ações:

- fortalecimento da organização associativa dos proprietários e da gestão junto aos órgãos competentes das esferas federal, estadual e municipal, visando à concessão de isenções tributárias e outros incentivos fiscais;
- priorização da concessão de crédito por instituições oficiais;
- capacitação dos proprietários e apoio à capacitação das equipes;
- articulação e ação conjunta com os órgãos públicos fiscalizadores do Sistema Ambiental Paulista;
- apoio técnico e científico, com realização de estudos no interior das RPPNs;
- estímulo e apoio ao desenvolvimento de atividades de ecoturismo e educação ambiental e nos processos de divulgação das RPPNs.

Os programas delineados nos subitens a seguir tiveram respaldo regulamentar nas ações supramencionadas, o que demonstra a formalização de instrumentos complementares entre si e viabilizam uma gama de atuações do estado de São Paulo – seja de forma direta ou indireta – com o fito de apoiar as RPPNs.

3.2.1. Crédito Ambiental Paulista RPPN – “CAP-RPPN”

O Crédito Ambiental Paulista RPPN, estabelecido pelo Decreto estadual nº 59.260, de 5 de junho de 2013, é um programa constituído para fomentar a conservação de remanescentes florestais e a recuperação ecológica em terras privadas consideradas como prioritárias para conservação da biodiversidade, mediante pagamentos por serviços ambientais.

O programa tem respaldo normativo no Programa Estadual de Apoio às Reservas Particulares do Patrimônio Natural (Decreto estadual nº 51.150, de 3 de outubro de 2006), tratado no item “3.2” supra; na Política Estadual de Mudanças Climáticas (Lei estadual nº 13.798, de 9 de novembro de 2009 - artigo 23¹³); e no Decreto

¹³ Artigo 23 - O Poder Executivo instituirá, mediante decreto, o Programa de Remanescentes Florestais, sob coordenação da Secretaria do Meio Ambiente, com o objetivo de fomentar a delimitação, demarcação e recuperação de matas ciliares e outros tipos de fragmentos florestais, podendo prever, para

estadual nº 55.947, de 24 de junho de 2010, que regulamenta referida lei; bem como no Programa de Remanescentes Florestais (Resolução SMA nº 89, de 18 de setembro de 2013 – artigo 63¹⁴).

Nos termos do Processo Administrativo FF nº. 662/2013 (fls. 135/157): “Esses programas têm como objetivo **contribuir para mitigar os efeitos da perda da biodiversidade e das mudanças climáticas por meio da proteção e conservação dos remanescentes de vegetação natural no estado de São Paulo.**”¹⁵ (g.n.).

O Crédito Ambiental Paulista prevê outras modalidades de programas voltados à preservação do meio ambiente, sendo que o programa CAP-RPPN está contemplado pelo artigo 2º, inciso I¹⁶. Os beneficiários do programa, por sua vez, seguem elencados no artigo 3º, inciso II, *in verbis*: “II - pessoas físicas ou jurídicas que sejam proprietárias de Reservas Particulares do Patrimônio Natural (...) em áreas consideradas prioritárias para conservação, segundo critérios definidos pela Secretaria do Meio Ambiente”. (g.n.).

Nesse passo, a Resolução SMA nº 89/2013 instituiu as diretrizes para a execução dos pagamentos por serviços ambientais em favor das RPPNs no âmbito do Programa de Remanescentes Florestais e, em conjunto com o Edital de Chamamento Público, disciplina os requisitos para participação e os critérios de seleção das unidades beneficiadas.

O desenvolvimento do programa conta com a atuação conjunta da Secretaria do Meio Ambiente, por meio da Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais – CBRN, responsável pela coordenação do programa, e da Fundação Florestal, responsável pela execução¹⁷.

No que concerne ao custeio, o projeto é financiado pelo Fundo Estadual de Controle da Poluição - Fecop, instituído pela Lei estadual nº 11.160, de 18 de junho de 2002, que é um fundo de financiamento e investimento vinculado à SMA,

consecução de suas finalidades, o pagamento por serviços ambientais aos proprietários rurais conservacionistas, bem como incentivos econômicos a políticas voluntárias de redução de desmatamento e proteção ambiental.

¹⁴ Artigo 63 - Fica instituído o Pagamento por Serviços Ambientais a Projetos de proprietários rurais, conforme previsto no artigo 23 da Lei nº 13.798, de 9 de novembro de 2009, com o objetivo de incentivar a preservação e recuperação de florestas nativas.

¹⁵ Informação retirada do Processo Administrativo Fundação Florestal nº 62/2013 - fls. 135/153.

¹⁶ I - Grupo I: Programas relacionados a Pagamentos por Serviços Ambientais para conservação de remanescentes florestais e recuperação ecológica, conforme artigo 23 da Lei estadual nº 13.798, de 9 de novembro de 2009, e artigo 63 do Decreto estadual nº 55.947, de 24 de junho de 2010;

¹⁷ Artigo 1º - Fica instituído o Projeto de Pagamento por Serviços Ambientais para as Reservas Particulares do Patrimônio Natural, denominado Crédito Ambiental Paulista/RPPN - CAP/RPPN, em observância ao disposto no artigo 63, § 1º, do Decreto nº 55.947, de 24 de junho de 2010, com o objetivo de promover a conservação e, quando necessária, a restauração de processos ecológicos em áreas privadas reconhecidas como Reservas Particulares do Patrimônio Natural - RPPN, visando manter e/ou ampliar o provimento dos serviços ecossistêmicos de conservação da biodiversidade e de produção de água.

§ 1º - O CAP/RPPN será coordenado pela Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais - CBRN, e executado pela Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo - FF

destinado a apoiar e incentivar a execução de projetos relacionados ao controle, à preservação e à melhoria das condições do meio ambiente.

Entre outras fontes, constituem receitas do Fecop: (a) transferências da União, dos estados e dos municípios para ações de interesse do controle, preservação e melhoria das condições do meio ambiente; (b) recursos provenientes de ajuda e cooperação internacional e de acordos intergovernamentais; (c) multas impostas a infratores da legislação ambiental que forem convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente; e (d) remunerações pela fixação e sequestro de carbono em projetos desenvolvidos pelo poder público no âmbito do Programa Estadual de Remanescentes Florestais.

Em breve síntese, o CAP-RPPN possibilita a participação de proprietários de RPPNs localizadas no estado de São Paulo (reconhecidas pela União, Estado ou municípios), os quais devem formular um “Plano de Ação”, com a descrição detalhada das ameaças suportadas pelas RPPNs e a indicação das ações necessárias para erradicá-las, dividido em um cronograma de cinco etapas anuais¹⁸.

Acerca do aspecto técnico, a escolha dos projetos priorizarão as seguintes áreas: (a) territórios identificados pelo poder público como prioritários para a criação de unidade de conservação de proteção integral; (b) áreas relevantes para o estabelecimento da conectividade entre fragmentos florestais; (c) propriedade com maior percentual da área total do imóvel convertida em RPPN; e (d) área tecnicamente adequada para conservação ambiental de acordo com os parâmetros definidos em regulamentos de zoneamentos ecológico econômicos, zoneamentos municipais e planos de bacia hidrográfica (art. 3º da Resolução SMA nº 89, de 18 de setembro de 2018).

Destaque-se que o edital de chamamento público inseriu entre os critérios de desempate áreas: I. do bioma Cerrado; II. com prioridade para criação de unidades de conservação; III. com conectividade com outras unidades de conservação; IV. inseridas no interior de Áreas de Proteção Ambiental, Monumento Natural, Área de Relevante Interesse Ecológico ou Refúgio de Vida Silvestre, ou em zona de amortecimento de unidades de conservação de domínio público; além dos critérios descritos nos itens (“c”) e (“d”) do parágrafo anterior.

Concluídas as avaliações preliminares, a Fundação Florestal elabora o cálculo do valor que servirá de remuneração a cada beneficiário do programa (considerando as características de cada RPPN e o Plano de Ação), cuja metodologia considera os fatores de importância (tais como: o bioma da área e o estágio da vegetação) e os fatores de ameaça da área¹⁹.

¹⁸ Informação extraída do Processo Administrativo Fundação Florestal nº 62/2013: Relatório Projeto CAP/RPPN 2017. Autoria: Oswaldo José Bruno, p. 209/215).

¹⁹ Tais como: fogo, áreas degradadas, acesso irregular de terceiros na RPPN, acesso de animais domésticos, espécies dominantes e invasoras (Informação extraída do Processo Administrativo Fundação Florestal nº 62/2013: Panorama 1ª Edital Projeto CAP RPPN SMA/CBRN/FF Março 2015. Autoria: Oswaldo José Bruno, p. 165-168).

Os pagamentos pelos serviços ambientais são realizados após a conclusão de cada etapa anual, após a análise do “Relatório de Situação da RPPN” apresentado pelo proprietário e do Relatório de monitoramento *in loco* elaborado pela Fundação Florestal, os quais atestarão o cumprimento das ações estabelecidas no contrato²⁰.

As ações descumpridas ensejarão descontos nas parcelas anuais atribuídas, e o não atendimento das cláusulas contratuais pode vir a acarretar a rescisão da avença. De outra monta, segundo o artigo 7º da Resolução SMA nº 89, de 18 de setembro de 2018, ao final do quinto ano o proprietário poderá receber um bônus de 20% sobre o valor da última parcela, caso a RPPN seja homologada como área de soltura de fauna ou se o proprietário comprovar que o plano de manejo da RPPN foi devidamente aprovado pelo órgão ambiental.

O primeiro edital de chamamento público foi lançado em outubro de 2013 e, ao fim do procedimento, 11 RPPNs foram selecionadas e formalizaram contrato junto ao Fecop, totalizando 1.884 hectares de área protegida e um valor total de R\$ 1.900.606,01²¹ de investimento no projeto.

Não obstante, às estratégias de incentivo por meio da retribuição financeira, o poder público teve a preocupação de delinear estratégias de assistência técnica às RPPNs, conforme será discorrido no item 3.2.2 a seguir.

3.2.2. Plano de Apoio à Proteção das Reservas Particulares do Patrimônio Natural

O Plano de Apoio e Proteção às RPPNs, instituído pela Resolução SMA nº 80, de 4 de novembro de 2015, objetiva apoiar a proteção e executar ações de monitoramento dos crimes e infrações ambientais nas RPPNs localizadas no estado de São Paulo, por meio de estratégias de prevenção de degradações ambientais e sistematização de informações de interesse para a proteção e a fiscalização das RPPNs.

As ações contam com a atuação conjunta dos proprietários das RPPNs, da Federação das Reservas Ecológicas Particulares do Estado de São Paulo – Frepesp²², da Fundação Florestal, da Secretaria do Meio Ambiente – por meio da Coordenadoria de Fiscalização Ambiental e da Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos

²⁰ O contrato é formalizado entre o FECOP e o proprietário da RPPN selecionada, conforme informação extraída do Processo Administrativo Fundação Florestal nº 62/2013: Relatório Projeto CAP/RPPN 2017. Autoria: Oswaldo José Bruno, p. 209/215).

²¹ O valor total é igual à soma das 5 parcelas, adicionadas do bônus de 20% sobre o valor da última parcela (informação extraída do Processo Administrativo Fundação Florestal nº 62/2013: Relatório Projeto CAP/RPPN 2017. Autoria: Oswaldo José Bruno, p. 209/215).

²² “A Federação das Reservas Ecológicas Particulares do Estado de São Paulo – Frepesp é uma entidade que representa os proprietários de Reservas Particulares do Patrimônio Natural – RPPN do Estado de São Paulo e outras categorias da conservação voluntária em terras privadas. Desde 2001, juntamente com as Organizações da Sociedade Civil e Órgãos Públicos Ambientais, vem trabalhando para implementar políticas públicas de apoio à criação, implementação e gestão dessas reservas ecológicas.”. Texto extraído do website da Frepesp. Disponível em: <<http://frepesp.org.br/institucional/>>. Acesso em 27 out. 18.

Naturais – e da Polícia Militar Ambiental do Estado de São Paulo (art. 1º e 2º, da Resolução SMA nº 80/2015).

As principais estratégias definidas no plano são: (i) o estabelecimento de um fluxo de comunicação entre os proprietários das RPPNs e os órgãos governamentais de fiscalização, visando ao auxílio na coibição de ameaças à unidade de conservação; (ii) incorporação das RPPNs no monitoramento ambiental por imagens de satélite realizado pela Secretaria do Meio Ambiente e pela Polícia Militar Ambiental; e (iii) planejamento de ações preventivas no território das RPPN (art. 2º, da Resolução SMA nº 80/2015).

O programa compõe ações do denominado *Sistema Integrado de Monitoramento - SIM-RPPN*²³, que tem por finalidade implementar o sistema de fiscalização nas RPPNs, assim como inclui a *Operação Corta Fogo*²⁴, que promove ações de prevenção e combate a incêndios florestais (SÃO PAULO, 2018, p. 299-300).

Como fruto dessas ações, restou formalizado *Termo de Convênio* celebrado entre a Fundação Florestal, a Frepesp e a SMA²⁵, que já viabilizou a realização de três oficinas anuais entre 2015 e 2017²⁶, promovendo a aproximação entre os proprietários de RPPNs e os agentes diretamente ligados à fiscalização dos respectivos territórios, além da elaboração conjunta de um Plano de Apoio à proteção de cada RPPN participante, com a identificação e localização dos principais vetores de pressão e ameaças sofridas pelas unidades de conservação.

Importante ressaltar que, após a conclusão das oficinas, o Plano de Apoio de cada RPPN é compartilhado com o proprietário da RPPN e com os agentes da

²³ “(...) O SIM atende ao disposto nos Decretos estaduais nºs 58.526/2012, 57.933/2012 e 60.302/2014, com foco em programas de fiscalização para as áreas legalmente protegidas e congrega os Planos de Fiscalização Ambiental: das Unidades de Conservação de Proteção Integral (SIM-UC); da Atividade Pesqueira na Área Costeira, que envolve as Áreas de Proteção Ambiental Marinhas (SIMMar); e do Plano de Apoio à Proteção das Reservas Particulares do Patrimônio Natural (SIM-RPPN)”. Trecho extraído do Relatório de Qualidade Ambiental 2018, p. 286. Disponível em: <<http://arquivo.ambiente.sp.gov.br/consema/2018/10/rqa-2018.pdf>>. Acesso em 27 out. 2018.

²⁴ “(...) O Estado de São Paulo conta com o Sistema Estadual de Prevenção e Combate a Incêndios Florestais, instituído em 2010, que visa a: diminuir os focos de incêndio no Estado; reduzir as emissões de gases de efeito estufa (GEE) oriundas das queimadas; proteger áreas com cobertura vegetal contra incêndios; e a erradicar a prática irregular do uso do fogo, respeitando o disposto no Decreto estadual nº 56.571/2010 e fomentando o desenvolvimento de alternativas ao uso do fogo para o manejo agrícola, pastoril e florestal. A Operação Corta Fogo, como é chamado esse sistema, é formada por diversos órgãos estaduais como a Coordenadoria Estadual de Defesa Civil (Cedec), o Corpo de Bombeiros, a Polícia Militar Ambiental (PAMB), a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (Cetesb), a Fundação Florestal (FF) e o Instituto Florestal (IF). A coordenação do sistema é realizada pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente, por intermédio da Coordenadoria de Fiscalização Ambiental. O Sistema é composto por quatro programas integrados: Prevenção, Controle, Monitoramento e Combate.” Trecho extraído do Relatório de Qualidade Ambiental 2018, p. 294. Disponível em: <<http://arquivo.ambiente.sp.gov.br/consema/2018/10/rqa-2018.pdf>>. Acesso em 27 out. 2018.

²⁵ Termo de Convênio nº FF-AJ-16001-7-11.

²⁶ Projeto formulado pelos pesquisadores Oswaldo José Bruno, Ana Maria Soares Franco e Beatriz Truffi Alves, denominado “Plano de Apoio à Proteção das Reservas Particulares do Patrimônio Natural no Estado de São Paulo”, submetido ao Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação em 18/12/2018.

Polícia Militar Ambiental, para fins de subsidiar o planejamento e a fiscalização no território²⁷.

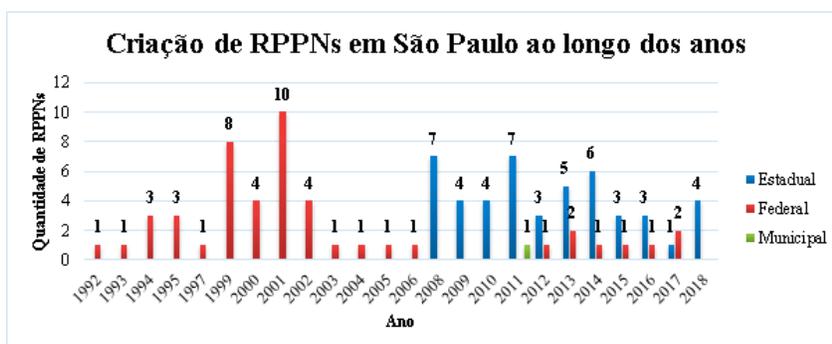
Outrossim, com relação à Operação Corta Fogo, o *Relatório de Qualidade Ambiental de 2018* explicitou que foi oportunizada às equipes e aos proprietários das RPPNs a participação nos treinamentos para brigadistas realizados pelos órgão estaduais e pela coordenação da Defesa Civil (SÃO PAULO, 2018, p. 291), para que a disseminação preventiva de informações viabilize ações ágeis, organizadas e mais efetivas em casos de incêndios (São Paulo, 2018, p. 300).

À luz do quanto exposto, o item seguinte discorrerá sobre o cotejo entre os temas abordados nos itens acima, a saber: interligação entre a Meta 11 e os Objetivos 13 e 15 com a atuação do estado de São Paulo para incentivo às RPPNs.

4. ANÁLISE DA CORRELAÇÃO ENTRE OS RESULTADOS DOS PROGRAMAS DE APOIO E INCENTIVO ÀS RPPNS PAULISTAS E AS METAS DE AICHI (META Nº 11) E OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (OBJETIVOS Nº 13 E 15)

Conforme abordado no item “2.1” supra, a Meta 11 das Metas de Aichi explora a necessidade da ampliação das áreas protegidas, especialmente as julgadas relevantes para a biodiversidade e para os serviços ecossistêmicos, ressaltando-se, ainda, a gestão efetiva e equitativa e a conexão com outras medidas especiais de conservação e integração entre as áreas protegidas.

Nesse contexto, dados apresentados pela Fundação Florestal demonstram que desde 2010 foram criadas 45 RPPNs no estado de São Paulo, totalizando uma área protegida de 14.133,23 ares desde a instituição das Metas de Aichi – o período de 2008 a 2017 é o lapso de maior número de criação de RPPNs estaduais, conforme gráfico abaixo²⁸.



²⁷ Informações extraídas do relatório “Plano de Apoio à Proteção das Reservas Particulares do Patrimônio Natural – Sistema Integrado de Monitoramento de Unidades de Conservação – SIM-RPPN. São Paulo Dezembro/2015, de autoria da Coordenadoria de Fiscalização Ambiental – CFA, Polícia Militar Ambiental – PAmb, Fundação para a Conservação e a Produção Florestal – FF e Federação das Reservas Ecológicas Particulares do Estado de São Paulo – Frepesp.

²⁸ Gráfico elaborado pela autora do artigo, com base em dados disponibilizados pelo Núcleo de RPPNs da Fundação Florestal, em conjunto com os dados publicados no website da SMA, que divulga as Resoluções SMA de reconhecimento das RPPNs. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/legislacao/category/resolucoes-sma/>>. Acesso em 25 out. 2018.

Atualmente, o Estado conta com 95 RPPNs reconhecidas, totalizando 21.687,37 ares de áreas particulares protegidas²⁹, nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Supracitados dados revelam que houve significativo aumento no número dessa categoria de unidade de conservação e, via de consequência, elevação da quantidade territorial protegida, o que está em consonância com a Meta 11 de Aichi e com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 15 (item 2.2).

Outro relevante aspecto a ser considerado diz respeito aos resultados do Programa CAP-RPPN. Segundo dados extraídos do Relatório Projeto CAP/RPPN 2017, verifica-se elevado índice de cumprimento dos Planos de Ação estabelecidos para as RPPNs participantes, conforme tabela abaixo³⁰:

RPPN	EDITAL	Porcentagem de ações executadas					Posição em 31/12/2017	
		1ª Etapa	2ª Etapa	3ª Etapa	4ª Etapa	5ª Etapa	ETAPA MONITÓRIA	Situação/Observações
Amadeu Botelho	1º	100%	100%	100%	100%	não monitorado	4ª	Aguardando 5ª Etapa
Estância Jitobá	1º	100%	100%	100%	não monitorado	não monitorado	3ª	Aguardando 4ª Etapa
Fazenda Bela Aurora	1º	100%	100%	100%	não monitorado	não monitorado	3ª	Aguardando 4ª Etapa
Fazenda Renópolis	1º	100%	100%	100%	100%	não monitorado	4ª	Aguardando 5ª Etapa
Mesandros II	1º	100%	100%	100%	não monitorado	não monitorado	3ª	Aguardando 4ª Etapa
Mesandros III	1º	100%	100%	100%	não monitorado	não monitorado	3ª	Aguardando 4ª Etapa
Pedra da Mina	1º	100%	100%	100%	100%	não monitorado	4ª	Aguardando 5ª Etapa
Rio dos Pilões	1º	100%	100%	100%	não monitorado	não monitorado	3ª	Aguardando 4ª Etapa
Serra dos Itatins	1º	100%	88%	67%	não monitorado	não monitorado	3ª	Contrato rescindido
Sítio Maracá	1º	100%	100%	100%	não monitorado	não monitorado	3ª	Aguardando 5ª Etapa
Toça da Paca	1º	100%	75%	75%	100%	não monitorado	4ª	Aguardando 5ª Etapa

Dos resultados obtidos até a terceira etapa, depreende-se que houve um percentual de **97,12% de ações devidamente cumpridas pelos proprietários de RPPNs que participaram do 1º Edital do Programa CAP-RPPN.**

Faz-se oportuno memorar que as ações constantes do CAP-RPPN têm por objetivo evitar a perda da biodiversidade, por meio de atitudes preventivas por parte dos proprietários, assim como medidas que auxiliam a gestão da unidade (como restou mais bem-explicitado no item 3.2.1, referidos temas estão diretamente relacionados ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 15).

O Plano de Apoio à proteção das Reservas Particulares do Patrimônio Natural, por sua vez, possui a finalidade precípua de auxiliar a gestão das RPPNs, sendo que entre os projetos delineados no item “3.2.2” é relevante frisar a elaboração dos **“Planos de Apoio”** formalizados para cada uma das RPPNs, com indicativos dos vetores de pressão e ameaças, que servirá para guiar essa atuação conjunta do proprietário e dos agentes de fiscalização.

²⁹ Dados obtidos junto ao Núcleo de RPPNs da Fundação Florestal, em conjunto com os dados publicados no website da SMA, que divulga as Resoluções SMA de reconhecimento das RPPNs. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/legislacao/category/resolucoes-sma/>>. Acesso em 25 out. 2018.

³⁰ Processo Administrativo Fundação Florestal nº 62/2013: Relatório Projeto CAP/RPPN 2017. Autoria: Oswaldo José Bruno, p. 209/215.

Consoante as informações explicitadas pela Coordenadoria de Fiscalização Ambiental da Secretaria do Meio Ambiente, 69 RPPNs haviam sido envolvidas no SIM-RPPN até 2017, ou seja, o correspondente a 76% das unidades de todo o Estado (São Paulo, 2017).

No mais, é importante destacar a valiosa contribuição das RPPNs no que concerne à **conectividade com outras unidades de conservação**, além de serem **representativas de diversos ecossistemas do estado de São Paulo** – inclusive dos *hotspots*: **Mata Atlântica e Cerrado** –, como é possível denotar das informações do mapa apresentado no 1º Encontro das Unidades de Conservação Paulistas, organizado pela Fundação Florestal, realizado nos dias 20 e 21 de setembro de 2018, conforme a figura “1” do anexo deste trabalho³¹.

Nesse diapasão, oportuno citar as conclusões das pesquisadoras Ana Paula Leite Prates e Marta de Azevedo Irving acerca da Meta 11:

(...) Dessa forma, a consecução da **Meta 11 envolve desafio complexo e de longo prazo, uma vez que essa não somente assegurou os compromissos relativos à criação de novas áreas protegidas, mas também a sua efetividade, eficácia da gestão, representatividade ecológica, governança equitativa e conectividade**. E tanto a Meta 11 global quanto a meta nacional da ConabioONABIO reforçam esses elementos. Alguns pesquisadores defendem até mesmo que deve haver uma interpretação holística da Meta 11 como maneira para que a comunidade global utilize as áreas protegidas para alterar as atuais tendências inaceitáveis na perda de biodiversidade global. (PRATES; IRVING, 2015, p. 27-57). (g.n.)

A considerar os elementos dispostos no bojo deste estudo, é possível identificar que a Meta nº 11 e o ODS nº 15 estão relacionados às estratégias delineadas pelo ente público para incentivar as RPPNs.

Inclusive, restou formulada tabela indicativa dos “Programas e ações do Sistema Ambiental Paulista e sua relação com as Metas de Aichi”, correlacionando os seguintes programas com a Meta 11: Plano de Apoio à Proteção das RPPN (SIM-RPPN), Sistema Estadual de Prevenção e Combate a Incêndios Florestais (Operação Corta Fogo), Programa Estadual de apoio às RPPN (Programa RPPN Paulistas) e os Pagamentos por Serviços Ambientais (São Paulo, 2018, p. 352).

No que se refere ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 13, a doutrina majoritária entende que as áreas especialmente protegidas são de grande relevância para conter os efeitos das mudanças climáticas, haja vista a realização da fixação e manutenção de estoques de carbono, conforme excerto transcrito abaixo:

³¹ Mapa “1º Encontro das Unidades de Conservação Paulistas SNUC – Lei federal nº 9.985/2000”: Cartografia Digital: Angélica M. F. Barradas. Setor de Geoprocessamento e Cartografia/Núcleo de Regularização Fundiária.

(...) Ademais, as UCs fornecem também relevantes serviços ambientais, tais como: **fixação e manutenção de estoques de carbono**, regularização e equilíbrio do ciclo hidrológico, purificação da água e do ar, controle de erosão, conforto térmico, perpetuação dos bancos genéticos, fluxo gênico da biodiversidade, controle biológico, manutenção da paisagem, áreas para lazer, educação e pesquisa científica, além do valor de herança para as futuras gerações. (RODRIGUES; BONONI, 2008, p. 248).

Nessa mesma linha de raciocínio, os marcos legais que justificaram a criação do programa Crédito Ambiental Paulista têm respaldo técnico na contribuição para mitigar os efeitos da perda da biodiversidade e das mudanças climáticas por meio da proteção e conservação dos remanescentes de vegetação natural no estado de São Paulo (nos termos do item 3.2.1. acima).

Noutro giro, as observações dispostas pelas pesquisadoras Ana Paula Leite Prates e Marta de Azevedo Irving reforçam as ideias discutidas nos parágrafos anteriores:

(...) É importante enfatizar que as áreas protegidas constituem uma das principais estratégias para conter a perda da biodiversidade, representando um instrumento consagrado, em nível mundial, para a conservação da natureza. Sistemas de áreas protegidas desempenham, em tese, papel vital no fornecimento de alimentos e água para a sociedade, no controle de doenças infecciosas, **na regulação do clima**, e são fonte de inspiração cultural, espiritual e recreativa e também para a saúde física e mental. (PRATES; IRVING, 2015, p. 27-57). (g.n.).

Dados obtidos em 2010 por meio do *Inventário Florestal do Estado de São Paulo*, elaborado pelo Instituto Florestal, indicam que à época restavam apenas 17,5% de vegetação natural no Estado São Paulo, perfazendo uma área de 4,34 milhões de hectares. Desse montante, cerca de 77% estavam localizados em propriedades particulares³².

Dos argumentos alinhavados, cinge-se que as RPPNs são importantes instrumentos para a conservação da biodiversidade, combate às mudanças climáticas e meio de conectividade entre outras unidades de conservação, inexistindo métricas para avaliar os benefícios dos serviços ecossistêmicos proporcionados pelas áreas protegidas. Nesse sentido, os programas desenvolvidos com o fito de incentivar e apoiar as RPPNs acarretam em grandes ganhos para toda a coletividade, além de viabilizar o cumprimento das propostas internacionais para a agenda ambiental em vigência.

³² Informações disponíveis no website da Fundação Florestal: <<http://fflorestal.sp.gov.br/pagina-inicial/rppn/>>. Acesso em 20 out. 2018.

5. CONCLUSÃO

A tônica de todo o debate reside na conexão das políticas de apoio às RPPNs do estado de São Paulo, com os ODS e com as Metas de Aichi e, em uma perspectiva mais ampla, é importante notar que toda essa problemática tem relação com as tentativas de equalizar a proteção do meio ambiente com as atividades econômicas, desenvolvimento social e outros interesses supostamente conflitantes com a agenda ambiental.

Entendemos que esses paradigmas sobre o conflito entre meio ambiente e desenvolvimento começaram a ser fragilizados a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, que introduziu no título da Ordem Econômica e Financeira os princípios da defesa do meio ambiente e da função social da propriedade (art. 170, incisos III e IV, da Constituição da República de 1988)³³ entre os institutos de Direito Privado (art. 5º, inciso XXIII, Constituição da República de 1988)³⁴.

A professora Patrícia Faga Iglecias Lemos traça liame legal e principiológico sobre a **função socioambiental da propriedade** (LEMOS, 2010, p. 187-194), demonstrando a harmonia entre os atributos da propriedade e as limitações advindas da legislação ambiental, *in verbis*:

(...) Assim, a evolução do **direito de propriedade seguiu no sentido da sua socialização**, como conceito moderno de utilização adequada da propriedade, que deve, ainda, respeitar o meio ambiente. Por isso, o novo Código Civil contempla a função socioambiental da propriedade, nos seguintes termos:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (...)

Dessa forma, o direito de propriedade deixa de ser um direito-garantia do proprietário e passa a ser um direito-garantia da sociedade, e a função socioambiental passa a ser a própria razão pela qual a propriedade

³³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

³⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

foi atribuída a um sujeito. Mas, diante do art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, o descumprimento dessa função não autoriza o esvaziamento do conteúdo mínimo da propriedade, sem indenização. (...) (g.n.)

As RPPNs são um grande exemplo da convivência harmônica e frutífera entre a proteção do meio ambiente, instituto da propriedade privada – inclusive em harmonia com o primado da *função socioambiental da propriedade* –, e o desenvolvimento de atividades econômicas (compatíveis com os atributos protegidos pelas RPPNs).

Na obra *Conservação em ciclo contínuo: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira de RPPNs*, o autor discorre sobre uma gama de *oportunidades de recursos em RPPN*, a saber: ingressos para visitação (turismo, recreação e educação ambiental); hospedagem; alimentação; venda de produtos; promoção de eventos, cursos e treinamentos; banco de imagens; compensação em reserva legal ou por supressão de vegetação nativa; e pesquisa científica. (OJIDOS, 2018, p.75).

Em que pese a possibilidade de produção de recursos, as RPPNs são unidades de conservação de responsabilidade exclusiva do proprietário que se compromete a manter uma área protegida com características de unidades de proteção integral e realiza os valiosos serviços ambientais em favor da coletividade, citados nos capítulos anteriores.

Nesse contexto, os pagamentos por serviços ambientais são importantes estratégias para estimular ações conservacionistas, visto que, além do aspecto ambiental, também acarretam em uma desoneração estatal – considerando que a instituição de uma unidade de conservação de proteção integral pelo poder público é um processo complexo e dispendioso (item 3.1. supra) – como bem-concatenado pela professora Ana Maria de Oliveira Nusdeo:

(...) **Em primeiro lugar, como é sabido, a conservação de áreas florestais produz externalidades positivas, vale dizer, benefícios a terceiros que não são recuperados pelo agente que as produziu.** Pode beneficiar grupos específicos ou, **virtualmente, toda a população mundial**, dada a dimensão tomada pela questão ambiental nos dias atuais. Assim, **a remuneração pela conservação tem sentido de correção dessa externalidade, na medida em que permite ao agente que a produz perceber parte dos benefícios por ele propiciados.** (g.n.)

(...) **Um argumento forte em favor dos pagamentos refere-se ao fato de ser a comparação dos seus custos com aqueles ligados a soluções artificiais, quando disponíveis, vantajosa, assim como a comparação com dos custos desse instrumento de política ambiental com outros, como a criação de unidades de conservação de proteção integral, ou a aplicação isolada de normas de comando e controle.** O pagamento por serviços ambientais aparece aí como um instrumento eficiente e, ainda, apto a conciliar a preservação com a presença de populações na área preservada, aumentando sua renda e estimulando a manutenção de seus comportamentos sustentáveis. (NUSDEO, 2012, p. 72-73). (g.n.)

A agenda internacional ambiental mostra-se compatível com essa linha de atuação, haja vista que o *desenvolvimento sustentável* e a interação da sociedade para o desenvolvimento da proteção ambiental estão na ordem do dia.

Do quanto exposto, resta claro que a ampliação e a consolidação das áreas protegidas são temas centrais nas discussões ambientais, sendo certo que um dos principais desafios são os altos custos de implementação e manutenção das áreas. As RPPNs são uma alternativa viável para estancar esse problema, mas que exigem a confecção de estratégias que atraiam a sociedade para atuar como protagonista da conservação.

Os programas delineados neste estudo são condutores para novas estratégias e ampliação das políticas já implementadas pelo poder público. Todavia, é imprescindível que se pense em outras formas de financiamentos dessas unidades, tais como o financiamento privado – a exemplo do *crowdfunding*³⁵, regulamentado pela Instrução nº 588 da Comissão de Valores Mobiliários – ou por ações desenvolvidas pelos proprietários, com vistas a tornar suas unidades autossustentáveis³⁶.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *FAQs - Biodiversidade – Metas de Aichi*. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/perguntasfrequentes.html?catid=33>>. Acesso em 15 out. 2018.

BENJAMIN, Antonio Herman. *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das áreas de conservação*/ Antonia Pereira de Avila Vio [et al.]; coordenação, Antônio Herman Benjamin. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo – *Constituição Federal anotada*/ Uadi Lammêgo Bulos. – 11. ed. ver. e atual. de acordo com a EC n. 83, de 5/8/2014, e os últimos julgados do STF – São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS. Ana Luiza Garcia. *Políticas Públicas Ambientais: conservação da biodiversidade e gestão dos serviços ecológicos*. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-31072014-164829/pt-br.php>>. Acesso em 8 out. 2018.

³⁵ *Crowdfunding* ou *Financiamento Coletivo* pode ser entendido, nas palavras de Flávio Ojidos, como: “(...) oportunidade de geração de recursos (...) Existem diversas plataformas digitais para organizar **captações de recursos** com esse formato. Em geral, o projeto é apresentado com um valor mínimo para **captação e um tempo determinado para atingir a meta**. (...) O financiamento coletivo foi regulamentado pela Instrução nº 588, da Comissão de Valores Mobiliários, publicada em 13 de julho de 2017, que dispõe sobre a oferta pública de distribuição de valores mobiliários de emissão de sociedades empresárias de pequeno porte realizada com dispensa de registro por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo. Essa regulamentação aumenta a segurança jurídica do instrumento e reforça o entendimento de que esse mecanismo tem crescido e merece atenção (...)” (OJIDOS, 2018, p.75). (g.n.).

³⁶ Nesse sentido são as conclusões tecidas por Flávio Ojidos, sobre a composição de um fundo da própria RPPN alimentado com os recursos gerados pela própria unidade que, após um período de maturação, consiga gerar recursos necessários à manutenção integral da área, com a possibilidade de geração de lucros. (OJIDOS, 2018, p. 144/146).

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Aichi Biodiversity Targets*. Disponível em: < <https://www.cbd.int/sp/targets/>>. Acesso em 8 out. 2018.

DEDLEY, Niguel. *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*. Disponível em: < <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/PAG-021.pdf>>. Acesso em 15 out. 2018.

FARIAS, Talden. *Reserva particular do patrimônio natural: análise do seu regime jurídico*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU. ano 1, jan./fev., 2002. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

FUNDAÇÃO FLORESTAL. *Reserva Particular de Patrimônio Natural – RPPN*. Disponível em: < <http://fflorestal.sp.gov.br/pagina-inicial/rppn/>>. Acesso em 17 out. 2018.

GUIMARÃES, Renan Eschiletti Machado; WALDMAN, Ricardo Libel. *O Acordo de Paris e o seu mecanismo de desenvolvimento sustentável como um instrumento para se alcançar os objetivos do desenvolvimento sustentável*. Revista de Direito Ambiental: RDA, São Paulo, v. 22, n. 86, p. 515-537, abr./jun. 2017.

LANGLEY, Sherri. *The System of Protected Areas in the United States*. In: BENJAMIN, A.H. (org.) *Direito Ambiental das Áreas Protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 116-161.

LE MOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio Ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexó causal*/ Patrícia Faga Iglecias Lemos. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Patrícia Faga Iglecias. *Direito Ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*/ Patrícia Faga Iglecias Lemos. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPOUKHINE, N.; DIAS, B. F. S. *What does target 11 really mean?* Parks, Gland, Switzerland, v. 18, n. 1, p. 5-8, sept. 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente* / Édís Milaré. – 10. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____, Édís; MORAIS, Roberta Jardim de; MILARÉ, Lucas Tamer. *O pagamento por serviços ecossistêmicos no Brasil e as Metas de Aichi*. In: Fernando F. Rossi [et al.], prefácio Édís Milaré – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *17 Objetivos para transformar o nosso mundo*. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/pos2015/>>. Acesso em 15 out. 2018.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Direito Ambiental e Economia*./Ana Maria de Oliveira Nusdeo./Curitiba: Juruá, 2018.

_____. Ana Maria de Oliveira. *Pagamentos por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*/Ana Maria de Oliveira Nusdeo. – São Paulo: Atlas, 2012.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao direito econômico*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OJIDOS, Flávio. *Conservação em ciclo contínuo: como gerar recursos com a natureza e garantir a sustentabilidade financeira das RPPNs*/ Flávio Ojidos, coautores Claudio Valladares Padua e Angela Pellin. – São Paulo: Essencial Idea Editora, 2018.

PRATES, Ana Paula Leite; IRVING, Marta de Azevedo. Conservação da biodiversidade e políticas públicas para as áreas protegidas no Brasil: desafios e tendências da origem da CDB às metas de Aichi. *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília*, v. 5, n. 1, 2015 p. 27-57

RODRIGUES, R. R.; BONONI, V. L. R. (Org.). *Diretrizes para conservação e restauração da biodiversidade do Estado de São Paulo*. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente/Instituto de Botânica, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, p. 248.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Constitucional do Meio Ambiente: interpretação e aplicação das normas constitucionais ambientais no âmbito dos direitos e garantias fundamentais*/ Luís Paulo Sirvinskaskas. São Paulo: Saraiva, 2010.

III Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação, (1:2002: Fortaleza: Rede Nacional Pró-Unidades de Conservação: Fundação o Boticário de Proteção da Natureza: Associação Caatinga, 2002, 1v.).

SÃO PAULO (Estado). Secretaria do Meio Ambiente: *Relatório de Qualidade Ambiental 2018/Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, Coordenadoria de Planejamento Ambiental*. Organizadores: Nádya Gilma Beserra de Lima e Tatiana Camolez Morales Ferreira. Equipe técnica: Aline Bernardes Cândido [et al.]. – 1. ed. – São Paulo: SMA, 2018.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria do Meio Ambiente: *Relatório de Qualidade Ambiental 2017/Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, Coordenadoria de Planejamento Ambiental*. Organizadores: Nádya Gilma Beserra de Lima e Tatiana Camolez Morales Ferreira. Equipe técnica: Aline Bernardes Cândido [et al.]. – 1. ed. – São Paulo: SMA, 2017.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria do Meio Ambiente: *METAS de AICHI: Somando Esforços na Reta Final*. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/biodiversidade/inicio/>>. Acesso em 15 out. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria do Meio Ambiente: *As Metas de Aichi 2011-2020*. Disponível em: <<http://arquivos.ambiente.sp.gov.br/biodiversidade/2017/04/metas-de-aichi.pdf>>. Acesso em 15 out. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Fundação Florestal. *Edital do projeto de Pagamento por Serviços Ambientais para as Reservas do Patrimônio Particular Natural – Projeto PSA/RPPN*. Processo Administrativo nº 662/2013. Interessado: Fundação Florestal/programa RPPN Paulistas. Data de Instauração: 19 mar. 2013.

UICN, WWF-BRASIL e IPÊ. *Metas de Aichi: Situação atual no Brasil*. Ronaldo Weigand Jr.; Danielle Calandino da Silva; Daniela de Oliveira e Silva. Brasília, DF: UICN, WWF-Brasil e IPÊ, 2011.

UNITED NATIONS. *Sustainable Development Goals*. Disponível em: < <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>>. Acesso em 12 out. 2018.

WIEDMANN, S. M. P. *Legislação referentes às RPPNs*. In: Rodrigo Castro e Maria Eugênia Borges. (org.). *Conservação em Terras Privadas*. Curitiba: CNRPPN, 2004, v., p. 172-180.

_____. *As Reservas Particulares do Patrimônio Natural no SNUC*. In: Benjamim, Herman. (org.). *O Direito Ambiental das Áreas Protegidas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2001, v., p. 400-421.

_____. *Aspectos Jurídicos na criação e efetivação de RPPNs*. In: *Criação de RPPNs - Do Processual à Efetivação*, 2006, Rio de Janeiro. *Criação e Efetivação de RPPNs*. Brasília: Ibama, 2006. v. 1.

_____. *As Reservas Particulares do Patrimônio Natural*. In: *1 Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação*, 1997, Curitiba. *Anais do 1º Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação*. Curitiba: Fundação Boticário. p. 3-13.

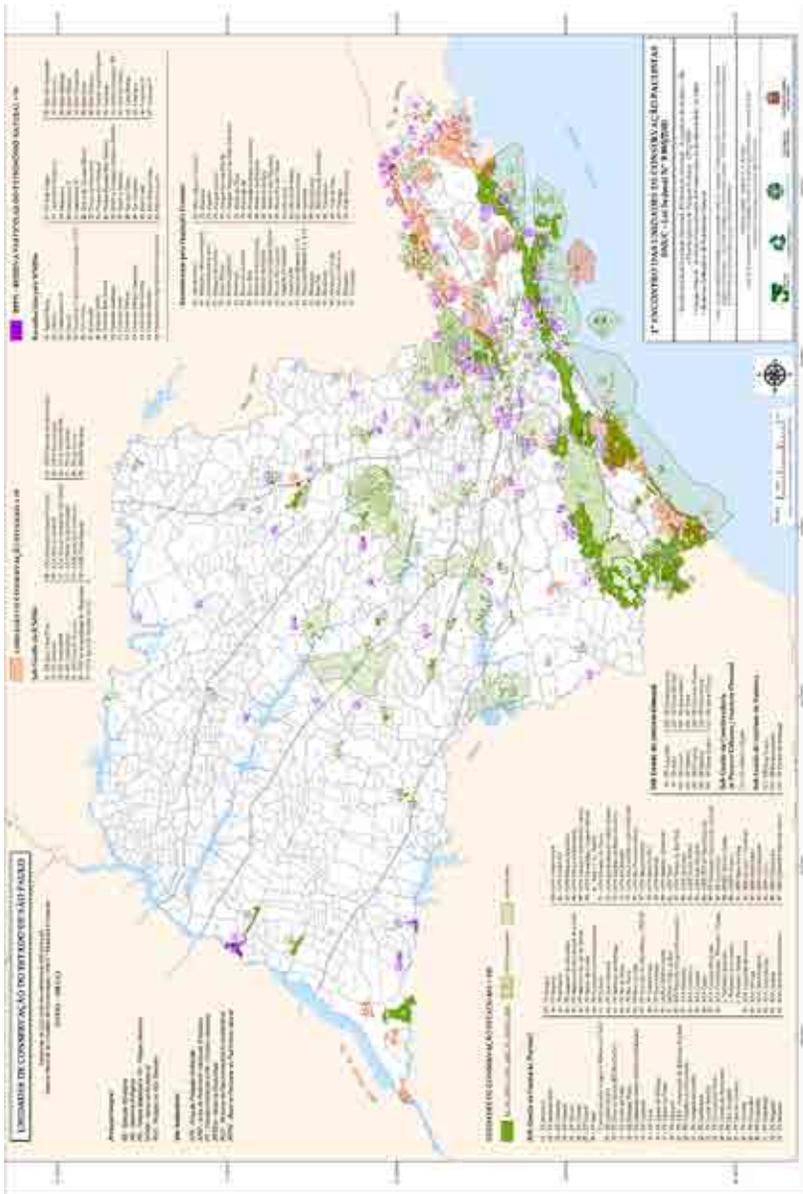
WINDHAM-BELLORD, Karen Alvarenga de Oliveira. *Direito Ambiental, economia verde e conservação da biodiversidade* – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

_____, Karen Alvarenga de Oliveira; COUTO, Marina Gropen. *O Protocolo de Nagoya e as Legislações Nacionais: Uma Análise dos Países Megadiversos*. In: WINDHAM-BELLORD, Karen Alvarenga de Oliveira. *Direito ambiental, economia verde e conservação da Biodiversidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 229-264.

ANEXO

Figura 1 - Mapa: Unidades de Conservação no Estado de São Paulo.

Fonte: Fundação Florestal, 1º Encontro das Unidades de Conservação Paulistas – SNUC – Lei federal nº 9.985/2000: Cartografia Digital: Angelica M. F. Barradas. Setor de Geoprocessamento e Cartografia/Núcleo de Regularização Fundiária. São Paulo: 2018.



ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS E DA POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

Ax arbitration: Analysis of assumptions and the possibility of implementation in Brazil

Fernanda Cimbra Santiago¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Da arbitragem tributária. 1.1. Atuação da Fazenda Nacional na redução de litigiosidade judicial em conflitos tributários; 1.2. O caso português; 1.3. Da possibilidade jurídica de implementação no Brasil; 1.3.1. Obstáculos a superar; 1.3.2. Motivos e sugestões de critérios para a inovação legislativa; 2. Conclusão. Referências.

RESUMO

A adoção da arbitragem tributária no Brasil poderá acarretar ampliação dos ambientes de debate da controvérsia tributária, de forma a servir como instrumento concretizador do princípio do acesso à justiça. Os meios alternativos de resolução de conflitos somados aos meios tradicionais de discussão de conflitos são realidades necessárias para compor um sistema completo de discussão de direitos e posições jurídicas. O campo da arbitrabilidade cresce como medida que se impõe diante das evoluções sociais. Existem resultados consistentes do direito português que podem ser adaptados à realidade brasileira. As inovações na conduta do administrador público devem ocorrer sem prejuízo dos parâmetros constitucionais. A implementação da arbitragem tributária visa a concretizar uma das facetas do interesse público por ampliar o acesso à justiça, ao abrir para o administrador público e para o contribuinte mais possibilidades de discussão do crédito tributário.

Palavras-chave: Arbitragem tributária, método alternativo, resolução de conflitos, acesso à justiça, interesse público.

ABSTRACT: The adoption of tax arbitration in Brazil may lead to an expansion of debate's environments about tax controversy, in order to serve as na concretizing instrument of access to justice. Alternative means of resolution conflicts added to the traditional means of conflict discussion are necessary realities to make up a complete system for discussing rights and legal positions. The field of arbitrariness grows as a measure that is imposed in the face of social developments. There are consistent results of the portuguese law that can be adapted to the Brazilian reality. Innovations in the conduct of the public administrator must occur without prejudice to constitutional parameters. The implementation of the tax arbitration aims to bring about one of the facets of the public interest by expand access to justice by opening up to the public administrator and the taxpayer more possibilities for discussion of the tax credit.

KEYWORDS: Tax arbitration, alternative method, conflict resolution,

INTRODUÇÃO

A arbitragem é um método heterocompositivo de resolução de conflitos, no qual o terceiro imparcial a realizar o julgamento não é o Estado. Sua adoção para matérias de direito público, em geral, é admitida pelo direito posto (Lei 13.129/2015 que alterou a Lei n. 9.307/1996).

¹ Procuradora da Fazenda Nacional. Especialista em Direito Público e Direito do Estado.

O escopo deste trabalho consiste em investigar se, em matéria de Direito Tributário, seria possível admitir a arbitragem para solução de litígios.

Após a apresentação do Projeto de Lei 4.267/2019, proposto pelo senador Antônio Anastasia, foi intensificada a discussão acerca da inserção da arbitragem em Direito Tributário no Brasil. Dessa vez, a tentativa é de alterar a Lei 6.830/1.990, Lei de Execuções Fiscais.

Como justificativas ao projeto de lei, foram apresentados dados que comprovam a baixa recuperabilidade dos créditos por meio de Execuções Fiscais, bem como o elevado custo de manutenção do Poder Judiciário. Tais fatores demonstram, segundo o parlamentar², algumas das causas para o enorme desequilíbrio das contas públicas da maioria dos entes federados.

No referido projeto de lei, ao lado da arbitragem tributária, a execução administrativa de dívidas também é apontada como possível solução para desburocratização da cobrança do crédito público, em busca da efetividade. Esse assunto, entretanto, não integrará nosso mister.

Ainda sobre a justificativa do projeto de lei supramencionado, foram apresentados dados que constam no relatório Justiça em Números³, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ em 2018, ano-base 2017, os quais demonstram que as execuções fiscais representavam 74% do estoque dos processos judiciais, correspondendo a, aproximadamente, 31.4 milhões de processos ou 39% dos casos pendentes. Diante disso, conclui-se que entre 100 processos de execução fiscal que iniciaram o ano de 2017, apenas 8 foram extintos até 2018.

Na sequência, o Projeto de Lei 4.267/2019 traz a afirmação de que o Poder Judiciário custaria cerca de 1,3% do PIB nacional, percentual mais significativo do que o de nações vizinhas como a Argentina e o Chile (0,13% e 0,22%, respectivamente) ou países desenvolvidos como os Estados Unidos e a Alemanha (0,14% e 0,32%)⁴.

Resumidamente, o ato legislativo traz a arbitragem como forma válida para se impugnar uma Execução Fiscal, desde que haja garantia por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia. Além disso, prevê a antecipação de custas pelo contribuinte e que seria um direito potestativo do contribuinte, pois não há previsão de que a Administração Pública possa se opor⁵.

² Dados disponíveis no sítio eletrônico do Senado Federal: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1571332924626&disposition=inline>, acesso em 20.10.2019.

³ Para ter acesso a íntegra do relatório, acesse: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/08/620bf616dfc0d62e45e52345afd3260a.pdf>

⁴ Dados disponíveis em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1571332924626&disposition=inline>, acesso em 20.10.2019.

⁵ Assim está a disposição legal: "A Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, passa a vigorar com as seguintes alterações 'CAPÍTULO I DA EXECUÇÃO JUDICIAL DA DÍVIDA ATIVA: Art. 1º ...' Art. 16-A. Se o executado garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode optar pela adoção de juízo arbitral para julgar os embargos ofertados, respeitados os requisitos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e os a seguir definidos, na forma do regulamento de cada entidade da Federa-

Em que pese a apresentação desse novo projeto lei pareça tornar factível a criação da arbitragem tributária, tramita há 10 anos na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar 469/2009, cuja ideia é alterar o Código Tributário Nacional, com propósito semelhante. Nesse caso, a pretensão possui maior amplitude, pois a arbitragem tributária seria inserida na lei complementar como nova modalidade de extinção do crédito tributário.

Nesse rumo, a análise da viabilidade da arbitragem tributária é tema de extrema relevância, tendo em vista o momento político, com a regulamentação da transação e a apresentação no novo projeto de lei, apresentar indícios de que o governo pretende implementá-la. Somado a isso, existem algumas alterações na legislação tributária recente que apontam para a criação de um contexto favorável ao incremento dos métodos não judiciais no tratamento da Dívida Ativa.

A Administração Tributária tem avançado na utilização de métodos não judiciais para resolução de seus conflitos. Assim, esses projetos de leis vão ao encontro dessa nova sistemática, que pretende aumentar a efetividade da cobrança do crédito público a partir de um sistema multiportas de soluções.

Este artigo preocupa-se em verificar em que medida os parâmetros legais e constitucionais que sustentam o Direito do Estado podem estar ameaçados, considerando a possibilidade de inovarmos o direito pátrio com a adoção do modelo de heterocomposição privada para solução de conflitos de natureza tributária.

Ressalte-se que, se de um lado é importante a observação de mudanças na forma de cobrança do crédito tributário, visto os questionamentos em torno do modelo atual na exposição de motivos dos projetos de lei. De outro, é vital ponderarmos do que temos que abrir mão para ampliar as opções de ambiente para discussão da controvérsia tributária para não abalarmos os princípios que sustentam o Sistema Tributário Nacional.

O tributo é um aspecto importante decorrente do contrato social, uma vez que os indivíduos abdicam de considerável parte da liberdade para que o Estado possa garantir-lhes a pacificação social, o que depende de receita pública para fazer bancar os custos dessa difícil tarefa. Dessa forma, a proteção do crédito público não existe por motivo reles, mas para permitir a vida em sociedade.

Por fim, conjugando os aprendizados do modelo português e os critérios jurídicos decorrentes do ordenamento jurídico nacional, serão propostos alguns *standards*

ração.' Art. 16-B. Nenhum árbitro pode decidir mais de um processo do mesmo particular ou do grupo econômico do qual este faça parte o particular por ano.' Art. 16-C. O processo arbitral é público, de direito, e conduzido por órgão arbitral institucional, de reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.' Art. 16-D. A fixação dos honorários advocatícios no processo arbitral obedece aos critérios do art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Parágrafo único. O valor final dos honorários advocatícios não pode ser superior à metade do que seria arbitrado no processo judicial.' Art. 16-E. As despesas do processo arbitral devem ser adiantadas pelo executado e não podem exceder o montante fixado a título de honorários advocatícios.' Art. 16-F. Qualquer das partes pode pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade caso a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral'. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1571332924626&disposition=inline>, acesso em 20.10.2019.

os quais entendemos que devem estar presentes no marco legal, para que a arbitragem tributária possa ser incorporada às modalidades de discussão da controvérsia fiscal.

1. DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

1.1. Atuação da Fazenda Nacional na redução de litigiosidade judicial em conflitos tributários

O Código Tributário Nacional prevê que o tributo é uma prestação pecuniária a ser cobrada por meio de uma atividade administrativa plenamente vinculada, nos seguintes termos:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada⁶.

Na sequência prevê que "a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional"⁷ e que "a dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída"⁸.

Essas disciplinas reforçam o caráter rigoroso da legalidade tributária e a vontade do legislador de proteger o crédito público de condutas impositivas e, eventuais, cobrança seletiva de tributos. Dessa forma, o CTN parece retirar totalmente a discricionariedade dos servidores públicos responsáveis pela Fazenda Nacional.

De outro lado, a Lei 5.172/1966, também prevê a transação tributária (art. 156, III), a isenção (art. 176), a remissão (art. 172), a anistia (art. 180), a possibilidade de parcelamento (art. 155-A) e outros mecanismos que demonstram um abrandamento nessa rigidez, diante da disciplina na legislação tributária.

Ao longo do tempo, a cobrança tributária pelos meios previstos originariamente foi repensada. Se é possível dispor do crédito tributário em algumas situações, como o Código Tributário Nacional prevê, com mais razão é possível cogitar-se diferentes formas de cobrança, que não só a prevista na Lei de Execuções Fiscais. Afinal, "quem pode o mais, pode o menos".

Assim, a Lei 6.830/1980 que prevê os procedimentos para a execução fiscal a convive com outros instrumentos previstos na legislação tributária, que dispõem sobre diferentes estratégias para a cobrança do Fisco.

⁶ BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm, acesso em 17.02.2020.

⁷ Artigo 142. BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm, acesso em 17.02.2020.

⁸ Artigo 204. BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm, acesso em 17.02.2020.

Com objetivo de buscar efetividade na discussão e cobrança dos créditos fiscais, a Procuradoria da Fazenda Nacional editou a Portaria PGFN 396/1996⁹, que instituiu o chamado Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos. Entre outras medidas, foram arquivadas execuções fiscais abaixo de um milhão de reais, sem garantia útil, gerando um foco direcionado àquelas execuções cujo êxito fazendário fosse mais evidente.

Isso não provocou a renúncia dos créditos, mas a ampliação do uso de métodos não judiciais, como a cobrança indireta desses por meio de protesto e inscrição em instituições privadas como SERASA.

No mesmo ano, a Portaria PGFN 502/2016¹⁰ ampliou o rol de motivos pelos quais os procuradores podem deixar de interpor recursos ou apresentar contestações e impugnações, de forma a evitar o dispêndio de tempo com processos que não fossem viáveis. Os motivos para aplicar essa dispensa são diversos, como baixo valor e jurisprudência desfavorável à União.

Para cobrança de créditos de baixo valor, a Fazenda Nacional passou a utilizar meios indiretos, como o protesto de dívida ativa acima mencionado. Tal prática era questionada pela doutrina tributarista e foi inserida na Lei 12.767/2012¹¹, julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5135¹².

⁹ BRASIL. Portaria da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no. 396, em 20 de abril de 2016. Regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos - RDCC. Disponível em file:///C:/Users/FERNANDA/Downloads/Portaria%20PGFN%20no%20396%20de%2020%20de%20abril%20de%202016.pdf, acesso em 25.01.2020.

¹⁰ BRASIL. Portaria da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Portaria no. 502, de 12 de maio de 2016. Revoga as Portarias PGFN Nº 294, de março de 2010, PGFN nº 276, de maio de 2015 e o item 3.8, coluna "múltiplas assinaturas (item 3.6.5)", (sic – item 3.7.5) no que se refere à nota justificativa, da Portaria PGFN nº 870, de 24 de novembro de 2014, e dispõe sobre a atuação contenciosa judicial e administrativa dos Procuradores da Fazenda Nacional. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/assuntos/legislacao-e-normas/portaria-502-atualizado-em-20-12-2018.pdf/view>, acesso em 25.01.2020.

¹¹ BRASIL, Lei no. 12.767, de 27 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; altera as Leis nºs 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 11.508, de 20 de julho de 2007, 11.484, de 31 de maio de 2007, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.492, de 10 de setembro de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12767.htm, acesso em 25 de janeiro de 2020.

¹² “Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido formulado, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Fixada tese nos seguintes termos: 'O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política'. O Ministro Marco Aurélio, vencido no mérito, não participou da fixação da tese. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki, participando em missão oficial do Programa de Eleições dos Estados Unidos (USEP) e da 7ª Conferência da Organização Global de Eleições (GEO-7), em Washington, Estados Unidos, e o Ministro Dias Toffoli, acompanhando as eleições norte-americanas a convite da International Foundation for Electoral Systems (IFES). Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 09.11.2016. STF RELATOR MIN. ROBERTO BARROSO. Dje, 21.02.2018.

A Fazenda Nacional também passou a celebrar negócios jurídicos processuais, após a edição das Portarias PGFN no. 360/2018¹³ e 742/2018¹⁴. Acertadamente, essa prática encontra vedação em caso de fraude.

Além disso, a Medida Provisória 899/2019¹⁵ previu a regulamentação da transação tributária, que da mesma forma que o negócio jurídico processual representa atos de disposição sobre o próprio direito, material e processual, respectivamente.

Essa breve exposição, permite concluir que novos institutos – ou a remodelagem dos antigos – demonstram uma postura da Administração Pública, pautada em princípios como da eficiência e da consensualidade, na busca de melhores resultados. Isso não significa que a Fazenda Nacional desistiu da cobrança da Dívida Ativa, mas sim que abriu espaço para influência das transformações operadas no Direito Público e passou a usá-las no seu interesse.

1.2. O caso português

A experiência portuguesa tem influenciado outros países a estudar a arbitragem tributária como alternativa para reduzir, agilizar e facilitar a extinção do passivo fiscal.

O Decreto-lei 10/2011¹⁶ criou em Portugal a possibilidade de que os conflitos entre os contribuintes e o Fisco fossem resolvidos sem a necessidade de acesso aos tribunais, de forma definitiva¹⁷. Segundo Nuno Villa-Lobos¹⁸, presidente do Centro de Arbitra-

¹³ BRASIL. Portaria PGFN no. 360, de 13 de junho de 2018. Autoriza a realização, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de modalidades específicas de negócio jurídico processual, inclusive calendarização. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/arquivos/2018/portaria-360-2018.pdf>, acesso em 25.01.2020.

¹⁴ BRASIL. Portaria PGFN no. 742, de 21 de dezembro de 2018. Disciplina, nos termos do art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e art. 19, § 13, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, a celebração de negócio jurídico processual - NJP em sede de execução fiscal, para fins de equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União e do FGTS, e dá outras providências. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97757>, acesso em 25.01.2020.

¹⁵ BRASIL. Medida Provisória no. 899, de 16 de outubro de 2019. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv899.htm, acesso em 25.01.2020.

¹⁶ PORTUGAL. Decreto-Lei 10, de 20 de janeiro de 2011. Regula o regime jurídico da arbitragem em matéria tributária, no uso da autorização legislativa concedida pelo artigo 124.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/280904/details/normal>, acesso em 26.01.2020.

¹⁷ Em verdade, noticiam alguns juristas portugueses que a instituição da Arbitragem Tributária foi uma espécie de exigência do Fundo Monetário Internacional para ajudar o país a sair de uma grave crise econômica. Suzana Soutelinho comenta" [...] tivemos agora um pedido de ajuda ao FMI, e nesse memorando de entendimento, o FMI e o Banco Central Europeu impõe a Portugal como meio de acelerar o processo de cobrança de dívidas por um lado (arrecadação de receita) e por outro, acabar com as pendências dos tribunais tributários (que são muitas), impõe-nos a arbitragem [...]. MENDES, Guilherme Adolfo. Arbitragem: Litígios Tributários mais adequados a soluções alternativas de conflito. In: NASCIMENTO, Sallette et al. (org.). **Seminário Soluções Alternativas de Resoluções de Conflito: Arbitragem em Geral e em Direito tributário** (1.,2011, São Paulo) Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2013, p-87.

¹⁸ Presidente do CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa.

gem Administrativa – CAAD –, onde acontecem os julgamentos arbitrais administrativos, a instituição da arbitragem tributária visava a atender três objetivos fundamentais

I. Reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos; II. Imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária sujeito passivo, e; III. Reduzir a pendência dos processos nos tribunais administrativos e fiscais¹⁹.

O CAAD é uma organização privada (associação sem fins lucrativos), onde os julgamentos ocorrem de forma institucionalizada de acordo com atos normativos públicos. Em âmbito tributário, seu foco são as dívidas de pequeno valor de pessoas físicas. Uma crítica frequente é que a vinculação da Administração Fiscal está limitada a 10 milhões de euros²⁰.

Acerca dos resultados obtidos, Nuno Villa-Lobos destaca o aumento no número de processos julgados até o ano de 2015 (quando foi escrito o artigo), bem como que a duração média dos julgamentos arbitrais tiveram redução:

Desde 2011 que a arbitragem vem triplicando o número de processos de ano para ano e, apesar desse aumento, a duração média até 2015 foi consistentemente inferior aos 4 meses e meio, tendo sido de 4 meses e dois dias em 2014, média que, segundo os dados provisórios de 2015, foi reduzida para metade, com um tempo médio de 2 meses e 9 dias a contar do tribunal arbitral até a decisão final.²¹

A título de conclusão, o jurista elenca alguns pontos positivos e negativos verificados, como:

Efeitos positivos da arbitragem tributária: 1. Diminuição dos custos de litigância para o Estado e para os contribuintes por via da celeridade na resolução dos litígios fiscais; 2. Democratização do acesso à justiça arbitral tributária, acessível a todos os contribuintes, [...]; 4. Redução do volume de processos entrados nos tribunais tributários e conseqüente diminuição, a prazo, da duração média da resolução processual para os utilizadores dos tribunais tributários; [...] 6. Previsibilidade do tempo para prolação das decisões finais [...]; 9. Atração do investimento econômico pela previsibilidade de custos e do tempo de decisão dos litígios; 10. Garantia de uma qualidade média elevada das decisões. A celeridade não tem sido prosseguida em sacrifício

¹⁹ VILLA-LOBOS, Nuno. **Avaliação sucessiva perfunctória da implementação da arbitragem tributária em Portugal**. https://www.caad.org.pt/files/documentos/artigos/NUNO_VILLA-LOBOS-09.pdf, acesso em 11.01.2020.

²⁰ AGRELLOS, Miguel Durham. **O Regime de Arbitragem Tributária Português**, na revista *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez* / 29.2011.

²¹ VILLA-LOBOS, Nuno. **Avaliação sucessiva perfunctória da implementação da arbitragem tributária em Portugal**. https://www.caad.org.pt/files/documentos/artigos/NUNO_VILLA-LOBOS-09.pdf, acesso em 11.01.2020, p-211.

da qualidade, pelo contrário, é justamente a especialização dos árbitros a potenciar a celeridade [...] a qualidade vem também sendo assegurada por via da seleção criteriosa de novos árbitros e da sua experiência comprovada de 10 anos da área do Direito Tributário [...] Efeitos negativos da arbitragem tributária: 1. Custos específicos de implementação da arbitragem tributária. Os custos específicos de 'arranque' da arbitragem tributária foram na ordem de 60.000 euros. 2. Custos de financiamento anual. [...] Em relação ao custo de financiamento anual pelo Estado, de 2009 até o presente ano, o peso relativo dessa subvenção decresceu de 100% até o mínimo atual de 16% [...] ²²

Acerca dos critérios da definitividade das decisões, a princípio, são irrecorríveis como se espera de uma decisão arbitral. Poderá, entretanto, existir recurso para o Tribunal Constitucional em caso de recusa à aplicação de norma sob fundamento na inconstitucionalidade ou, de outro lado, caso apliquem norma cuja constitucionalidade fora suscitada. Igualmente, caberá recurso ao Supremo Tribunal Administrativo quando a decisão seja contrária à matéria de direito decidida pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo.

Segundo Miguel Durham Agrellos, autor português, a decisão arbitral pode ser anulada pelos seguintes motivos:

(a) não especificação dos fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão; (b) oposição dos fundamentos com a decisão; (c) pronúncia indevida ou omissão de pronúncia; e(d) violação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes ²³.

Na realidade portuguesa, quando o valor supera 60 mil euros, é possível que o contribuinte nomeie um dos árbitros, caso em que o Poder Público indicará outro e os dois escolhidos indicarão o terceiro ou deixarão que o CAAD ²⁴ o faça.

Em Portugal, existem regras predispostas para a eleição dos árbitros, como a previsão de que haverá uma lista no CAAD, de onde obrigatoriamente será escolhido o árbitro singular. Quando houver a designação de um colegiado, o CAAD indicará os julgadores a partir da sua lista ou as partes indicarão seus árbitros, com a designação do presidente pelos árbitros indicados pelas partes ou pelo CAAD, na falta de acordo. No último caso, os árbitros podem não estar na referida lista.

Os árbitros devem ter comprovada capacidade técnica e idoneidade moral, bem como o sentimento de atuar conforme o interesse público. Há, ainda, importante requisito objetivo que é a existência de dez anos de experiência profissional na área do direito tributário.

²² VILLA- LOBOS, Nuno. **Avaliação sucessiva perfunctória da implementação da arbitragem tributária em Portugal**. https://www.caad.org.pt/files/documentos/artigos/NUNO_VILLA-LOBOS-09.pdf, acesso em 11.01.2020, p-213-214.

²³ AGRELLOS, Miguel Durham. **O Regime de Arbitragem Tributária Portuguesa**, na revista Actualidad Jurídica Uriá Menéndez / 29.2011.

²⁴ Disponível em <https://www.caad.org.pt/caad/estatutos>, acesso em 10.01.2020.

Vejam os dispositivos referentes:

Artigo 6º

Designação dos árbitros

1 – Quando o tribunal arbitral funcione com árbitro singular, o árbitro é designado pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, de entre a lista dos árbitros que compõem o Centro de Arbitragem Administrativa.

2 – Quando o tribunal arbitral funcione com intervenção do colectivo, os árbitros são designados: *a)* Pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, de entre a lista dos árbitros que compõem o Centro de Arbitragem Administrativa; ou *b)* Pelas partes, cabendo a designação do terceiro árbitro, que exerce as funções de árbitro - presidente, aos árbitros designados ou, na falta de acordo, ao Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, mediante requerimento de um ou de ambos os árbitros.

3 – No caso previsto na alínea *b)* do número anterior, os árbitros podem não constar da lista dos árbitros que compõem o Centro de Arbitragem Administrativa.

Artigo 7º Requisitos de designação dos árbitros

1 – Os árbitros são escolhidos de entre pessoas de comprovada capacidade técnica, idoneidade moral e sentido de interesse público.

2 – Os árbitros devem ser juristas com pelo menos 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário, designadamente através do exercício de funções públicas, da magistratura, da advocacia, da consultoria e jurisconsultoria, da docência no ensino superior ou da investigação, de serviço na administração tributária, ou de trabalhos científicos relevantes nesse domínio.

3 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, nas questões que exijam um conhecimento especializado de outras áreas, pode ser designado como árbitro não presidente um licenciado em Economia ou Gestão, observando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos nºs 1 e 2.

4 – A lista dos árbitros que compõem o Centro de Arbitragem Administrativa é elaborada nos termos do presente decreto-lei e dos Estatutos e Regulamento do Centro de Arbitragem Administrativa.

5 – Os magistrados jubilados podem exercer funções de árbitro em matéria tributária, devendo, para o efeito, fazer uma declaração de renúncia à condição de jubilados ou solicitar a suspensão temporária dessa condição, por um período mínimo de um ano, renovável, aplicando-se em tais casos o regime geral da aposentação pública. (Aditado pelo artigo 14º da Lei n.º 20/2012, de 14 de maio, em vigência desde 15 de maio de 2012).²⁵

²⁵ PORTUGAL. Decreto-lei 10/2011, artigos 6º e 7º. Disponível em https://www.caad.org.pt/files/documentos/regulamentos/CAAD_AT-RJAT_Consolidado-2013-01-01.pdf, acesso em 17 de janeiro de 2020.

Na sua exposição preliminar, o Decreto-lei 10/2011 trata o tema com cuidado. Esclarece que o CAAD é o único centro de arbitragem reconhecido para o julgamento das decisões arbitrais administrativas e fazendárias, trata do procedimento de escolha dos árbitros e ressalta que é proibido o julgamento por equidade, de maneira que os julgamentos devem observar o direito positivo.

Vale reproduzir o trecho:

Em segundo lugar, são competentes para proferir a decisão arbitral os tribunais arbitrais que funcionam sob a organização do Centro de Arbitragem Administrativa. Trata-se do único centro de arbitragem a funcionar sob a égide do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais que, de resto, é competente para nomear o presidente do Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa. Nos casos em que o contribuinte opte por designar um árbitro, o tribunal arbitral funcionará sempre com um colectivo de três árbitros, cabendo a cada parte a designação de um deles e aos árbitros assim designados a designação do terceiro, que exerce as funções de árbitro-presidente. Caso o contribuinte não pretenda designar um árbitro, o tribunal arbitral funcionará com um árbitro singular nos casos em que o valor do pedido não ultrapasse duas vezes o valor da alçada do Tribunal Central Administrativo, ou seja, € 60 000, e com um colectivo de três árbitros nos restantes casos, cabendo a sua designação, em ambas as situações, ao Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa.[...]

Em quinto lugar, fixam-se as regras sobre quem pode exercer as funções de árbitro na arbitragem tributária. Neste âmbito, prevê-se a possibilidade de nomeação de árbitros licenciados em Economia ou Gestão nas questões de maior complexidade e que exijam um conhecimento específico de área não jurídica, devendo nesses casos o árbitro-presidente ser sempre um jurista com pelo menos 10 anos de comprovada experiência profissional na área do direito tributário.[...]

Finalmente, note-se que a instituição da arbitragem não significa uma desjuridificação do processo tributário, na medida em que é vedado o recurso à equidade, devendo os árbitros julgar de acordo com o direito constituído²⁶.

Pelo exposto, o modelo português apresenta um arcabouço institucional bem desenhado e merece ser tomado como exemplo de modelo próspero na implantação da arbitragem tributária. Os pontos mais interessantes estão na notícia de redução do volume de processos nos tribunais tributários, com a consequente redução do prazo na conclusão desse, a atração de investimentos para o país e o fato da escolha cuidadosa dos árbitros ter resultado na qualidade das decisões arbitrais proferidas.

²⁶ PORTUGAL. Decreto-Lei 10, de 20 de janeiro de 2011. Regula o regime jurídico da arbitragem em matéria tributária, no uso da autorização legislativa concedida pelo artigo 124.º da Lei nº 3-B/2010, de 28 de Abril. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/280904/details/normal>, acesso em 26.01.2020.

Por certo, não é possível transpor o modelo de outro país acriticamente ao nosso, mas uma experiência bem sucedida pode nos trazer um norte para guiar os primeiros passos.

1.3. Da possibilidade jurídica de implementação no Brasil

1.3.1. Obstáculos a superar

A arbitragem tributária como um dos métodos possíveis de resolução de controvérsias fiscais encontra alguns desafios para viabilizar sua implementação no Brasil. Essas supostas dificuldades têm natureza formal e material.

Com relação ao primeiro aspecto, entende-se que é imprescindível a previsão legal sobre a matéria sujeita à arbitragem tanto por um critério jurídico de prever a disponibilidade do direito, quanto prático, de evitar repulsa do Tribunal de Contas da União²⁷. O próximo passo é perquirir qual modalidade legislativa é a mais adequada. Sobre o critério material, é preciso investigar em que medida o princípio da indisponibilidade do interesse público impediria a arbitragem tributária, na medida em que essa é uma crítica bastante comum na doutrina e nos órgãos de controle.

Iniciaremos pela questão legal.

A arbitragem, no âmbito do Poder Público, já era utilizada no Brasil mesmo antes de previsão geral na Lei 9.307/1996. No entanto, aos nossos olhos, não há dúvidas acerca da necessidade lei para a previsão da arbitragem tributária. Todavia, ainda, cabe investigar acerca da prescindibilidade de alteração do Código Tributário Nacional para admitir sua implementação, pois o primeiro suposto obstáculo é a necessidade de alteração da lei complementar.

Para a defesa de que não seria necessária a edição desse diploma normativo, o argumento é de que o processo fiscal não necessita de *quorum* qualificado para ser inovado, pois a Constituição da República não exige lei complementar para direito processual. Não por outro motivo, tanto a Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980), quanto o Decreto-lei do Processo Administrativo Fiscal (Dec. Lei 70.235/1972) foram recepcionados como lei ordinária pela Constituição de 1988.

²⁷ Não se desconhece a controvérsia em torno do tema. Por uma interpretação viável do ordenamento jurídico, infere-se que para se tornar disponível um direito tutelado pela Administração Pública é imperiosa a previsão legal. É importante constatar que com a inovação legislativa o administrador conta com a segurança de que o titular do direito (o povo) permitiu que soluções de controvérsias sobre tema adotem a arbitragem. Essa é uma maneira de gerar um ambiente favorável ao administrador público, que precisa ser resguardado quanto à atividade dos órgãos de controle. Não se desconsidera a existência de corrente doutrinária que defende seja a lei dispensada, pois a lei de arbitragem traria uma cláusula geral para permitir a arbitragem na Administração Pública e não restringiria sua utilização, salvo ao relacioná-la aos direitos patrimoniais disponíveis. No nosso entendimento, o administrador público não teria a segurança jurídica necessária para sua atuação.

De outro lado, para aqueles que alegam a imprescindibilidade de alteração qualificada, o artigo 146 da Carta Constitucional previu a necessidade de lei complementar para regulamentação de assuntos referentes à "b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários"²⁸. Por esse motivo, entende-se que os artigos referentes a esses temas do Código Tributário Nacional foram recepcionados com *status* de lei complementar, logo, para alterá-los é exigível diploma legislativo de mesma espécie.

Nesse rumo, caso se pretenda que a decisão arbitral possa extinguir ou suspender a exigibilidade do crédito tributário, produzir efeito de interromper a prescrição ou retificar um lançamento fiscal, é condição primordial sua previsão em lei complementar.

Assim, voltando ao atual Projeto de Lei 4.267/2019, que visa à alteração da lei processual da Execução Fiscal, sua efetividade será deveras limitada. Se a decisão arbitral não for capaz de sequer de extinguir ou alterar o crédito, de alguma forma será necessária a manifestação do Poder Judiciário ou da Administração Pública, após finalizada a arbitragem, de maneira que o efeito prático de redução de litigiosidade será limitado.

Desse modo, com o mesmo entendimento, Priscila Faricelli conclui:

Desse modo, a instituição da arbitragem para solucionar apenas litígios preventivos à existência do crédito tributário não surtiria os esperados efeitos de proporcionar método de solução mais ágil, especializado e flexível em se tratando de assuntos tributários. E para que a arbitragem possa ser eficazmente instaurada após já constituído o crédito tributário, necessária se faz a edição de lei complementar para reforma dos artigos 151, 156 e 174 do CTN.

Assim, conclui-se pela necessidade de edição de lei complementar dispondo sobre a possibilidade de (i) a sentença arbitral extinguir o crédito tributário, (ii) o processo arbitral suspender a exigibilidade do crédito tributário ou mesmo (iii) haver interrupção do prazo prescricional com a instauração do processo arbitral, sob pena de não ser adequada adoção do método de tal natureza para solução de controvérsias²⁹.

Portanto, nota-se que é fundamental não só a inovação legislativa, como que a mesma seja qualificada por maioria absoluta, sendo inserida no ordenamento, ao menos, como lei complementar. De nada adiantaria uma Arbitragem Tributária

²⁸ BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 25.01.2020.

²⁹ Na mesma linha, Priscila Faricelli. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transação tributárias** / Priscila Faricelli de Mendonça; coordenação Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe. -1. ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p-100.

cujo poder do árbitro fosse limitado em relação à extinção ou revisão do crédito tributário³⁰.

Até existe no projeto de lei uma tentativa de incluir a suspensão da exigibilidade - "Art. 16-A. Se o executado garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, pode optar pela adoção de juízo arbitral"³¹ -, todavia, a solução para previsão de modificação definitiva da exigibilidade do crédito por esse meio não possui qualquer viabilidade jurídica.

Ademais, prever disposições em lei ordinária relacionadas ao crédito tributário, lançamento e prescrição seria gerar um ato normativo eivado de inconstitucionalidade formal, tornando ineficiente toda discussão prévia.

Consumada a exigência do requisito formal, deve ser analisada a discussão em torno da indisponibilidade do crédito público. O argumento contrário reside na possível dificuldade encontrada na lei regente da arbitragem, a qual limita sua aplicação aos direitos patrimoniais disponíveis.

Esse tema está inserido no estudo da arbitrabilidade objetiva, que diz respeito ao objeto que pode ser submetido à arbitragem. É interessante ressaltar que existem critérios diferentes em cada país para definir que tipo de questão pode, ou não, ser resolvida pela arbitragem³².

No Brasil, é adotado o critério da disponibilidade associado à patrimonialidade, uma vez que somada à previsão do artigo 1º da Lei 9.307/1996 (acerca da disponibilidade) o artigo 852 do Código Civil³³ dispõe: "É vedado compromisso para

³⁰ Andréa Mascito menciona que a alteração do Código Tributário Nacional a rigor não seria necessária. Explica que como o artigo 156 do CTN já prevê a decisão transitada em julgado como hipótese de extinção do crédito tributário e o CPC equipara a decisão arbitral à decisão judicial transitada em julgado, conseqüentemente, o artigo 156 se estenderia ao julgado decorrente da arbitragem. Apesar dessa análise, a autora conclui que para dirimir "dúvidas, desconfiças e incertezas" a modificação legislativa trará mais conforto. MASCITO, Andréa. Requisitos institucionais para a arbitragem entre fisco e contribuintes no Brasil: necessidade de norma geral. In, PISCITELLI, Tathiane dos Santos; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). Arbitragem tributária : desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p-82-85.

³¹ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 4.257, de 2019. Modifica a Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Permite ao executado optar pela adoção de juízo arbitral, caso a execução esteja garantida por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, bem como permite à Fazenda Pública optar pela execução extrajudicial da dívida ativa de tributos e taxas que especifica, mediante notificação administrativa do devedor. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137>, acesso em 26.01.2020.

³² Bruno Lopes Megna exemplifica falando da França, em que questões de ordem pública excluídas da arbitragem; trata de países como Alemanha e Portugal, em que o critério da transigibilidade define a arbitrabilidade objetiva e escreve, ainda, sobre Itália e Espanha, que se utilizam do critério da disponibilidade. MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p-142.

³³ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, acesso em 26.01.2020.

solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

Vale destacar que, apesar de os critérios da transigibilidade, patrimonialidade e disponibilidade serem frequentes opções legislativas não revelam características intrínsecas à arbitragem. Do contrário, representam opções legislativas. Bruno Lopes Megna traz o exemplo do Estado da Indiana nos Estados Unidos da América, onde se admite a arbitragem para questões não patrimoniais, como matrimônio e guarda³⁴.

Quanto à suposta barreira a arbitragem tributária, cabe perquirir se o crédito tributário é patrimonial e disponível, pois caso qualifique-se por essas características não haverá dúvidas sobre o cumprimento dos requisitos usuais para o cabimento da arbitragem.

Vale repetir a redação do artigo 3º do Código Tributário Nacional, que dispõe:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada³⁵.

Da leitura do dispositivo, extrai-se a conclusão de que a definição de tributo, por caracterizá-lo como prestação pecuniária expressa em moeda, não deixa dúvidas acerca de sua patrimonialidade. O caráter pecuniário significa que a obrigação de pagar tributo é de dar (moeda, como regra), o que gera para a Fazenda o direito de receber

A redação final do artigo supracitado - “cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” - gera a discussão pela qual não haveria espaço ao administrador público diferente de, observados os critérios legais, seguir na cobrança do crédito conforme constituído, tendo em vista o caráter de ato administrativo vinculado dessa cobrança.

Resumindo o entendimento sobre o ato administrativo de característica vinculada, José dos Santos Carvalho Filho explica que ato vinculado é que aquele cujos parâmetros não podem fugir dos critérios traçados em lei, motivo pelo qual não haverá qualquer valoração do agente da sua elaboração³⁶.

A questão de a cobrança ser vinculada à lei pode ser superada com previsão legislativa, a qual entendemos como premissa formal para a instituição da arbitragem tributária. Logo, a arbitragem seria um dos métodos previstos à disposição do administrador para discutir a controvérsia fiscal, sem infração ao Código Tributário Nacional.

³⁴ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p-143.

³⁵ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à união, estados e municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm, acesso em 26.01.2020.

³⁶ "Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e a objetivo já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzir no próprio ato". CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. rev. ampl. e atual. até a Lei 12.587, de 3-1-2012. - São Paulo: Atlas, 2012, p-123.

Decerto, existiria alguma margem de discricionariedade, que seria referente à escolha do administrador público pela forma mais adequada a cobrança para cada crédito tributário. A existência dessa margem de opção se adéqua à doutrina que indica como superada a classificação dos atos administrativos em vinculados ou discricionários. Dentro dessa divisão, não faz sentido a ideia de que o administrador não teria qualquer espaço ou liberdade de decisão na edição dos atos cuja lei determinasse todos os requisitos e condições, pois sempre haveria algum grau de discricionariedade.

Nesse contexto, vale lembrar-se do princípio da juridicidade, pelo qual o agente do Estado submete-se a todo Direito e não somente à lei específica que disciplina sua atuação. Impende destacar, entretanto, que isso não deve significar ausência de controle sobre suas ações. Deverá ocorrer a motivação do ato administrativo, de forma a viabilizar a sindicabilidade do ato estatal.

Havia uma interpretação remota do conceito de discricionariedade, pela qual o agente público não teria sua decisão controlada quando a lei permitisse que o ato fosse discricionário. Não se pode concordar com essa premissa, na medida em que, no Estado de Democrático de Direito, qualquer ato administrativo deve ser controlado, existindo somente variações de graus e critérios adequados para cada espécie de controle.

Nas palavras de Gustavo Binjenbojm:

As transformações recentes sofridas pelo direito administrativo tornam imperiosa uma revisão da noção de discricionariedade administrativa. Com efeito, pretende-se caracterizar a discricionariedade, essencialmente, como um espaço carecedor de legitimação. Isto é, um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra maior ou menor grau de controlabilidade dos seus atos³⁷.

Para continuar em uma reflexão mais detalhada, tratar-se-á de alguns institutos previstos no Código Tributário Nacional. Como são dispositivos da mesma lei, é relevante uma análise sistemática para concluir-se acerca da vontade do legislador, visto que cumpre investigar o grau de discricionariedade do administrador público que atua na cobrança de tributos.

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia, constitucionalização**. 2a. edição revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p-39.

Nesse rumo, questiona-se: se não fosse admitida disposição do crédito tributário poderiam existir parcelamentos especiais, isenções, anistias, remissão e a transação tributária? O que revelam esses institutos?

Por meio de parcelamentos especiais³⁸, o Poder Público abdica boa parte do crédito constituído, beneficiando o contribuinte que não cumpriu tempestivamente seu dever fundamental de pagar tributos. Repare que parcelamentos especiais nunca foram declarados inconstitucionais em seu mérito pelo Supremo Tribunal Federal, em que pese exista um aparente atrito com o princípio da isonomia tributária. Lembre-se:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (grifos nosso)³⁹.

Se pensarmos em dois contribuintes em situações similares um que pague à vista suas obrigações e o outro que parcele por anos seus pagamentos, com pouquíssimos encargos e penalidades, fica evidente o quanto é possível dispor dessa espécie de crédito, ainda que essa diferenciação entre em conflito com princípios de justiça fiscal.

Nesse sentido, com relação ao último parcelamento especial, a Lei 13.496/2017, entre outras previsões, chegou a eximir o contribuinte de 90% dos juros de mora⁴⁰. Assim, claro está que parcelamentos como o Programa de Regula-

³⁸ Importante a diferenciação do parcelamento ordinário, pois neste não existe liberação de multa e juros de mora. Nos parcelamentos especiais, a União desiste de parte do crédito constituído; já no ordinário, só dilata o prazo, cobrando os encargos correspondentes.

³⁹ BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 25.01.2020.

⁴⁰ Sobre todos os benefícios fiscais concedidos, segue o dispositivo da lei: Art. 2º No âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o sujeito passivo que aderir ao Pert poderá liquidar os débitos de que trata o art. 1º desta Lei mediante a opção por uma das seguintes modalidades: I - pagamento em espécie de, no mínimo, 20% (vinte por cento) do valor da dívida consolidada, sem reduções, em até cinco parcelas mensais e sucessivas, vencíveis de agosto a dezembro de 2017, e a liquidação do restante com a utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) ou de outros créditos próprios relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com a possibilidade de pagamento em espécie de eventual saldo remanescente em até sessenta prestações adicionais, vencíveis a partir do mês seguinte ao do pagamento à vista; II - pagamento da dívida consolidada em até cento e vinte prestações mensais e sucessivas, calculadas de modo a observar os seguintes percentuais mínimos, aplicados sobre o valor da dívida consolidada: a) da primeira à décima segunda prestação - 0,4% (quatro décimos por cento); b) da décima terceira à vigésima quarta prestação - 0,5% (cinco décimos por cento); c) da vigésima quinta à trigésima sexta prestação - 0,6% (seis décimos por cento); e d) da trigésima sétima prestação em diante - percentual correspondente ao saldo remanescente, em até oitenta e quatro prestações mensais e sucessivas; III - pagamento em espécie de, no mínimo, 20% (vinte por cento) do valor da dívida consolidada, sem reduções, em até cinco parcelas mensais e sucessivas, vencíveis de agosto a dezembro

rização Tributária comprovam como a comunidade jurídica entende ser aceitável a disposição do crédito tributário.

Além desse benefício fiscal, as causas de exclusão do crédito, igualmente, indicam a possibilidade de dispor do crédito tributário. Por meio de isenções, anistias e remissões, é possível criar critérios para desigualar contribuintes, seja por perdão de dívidas ou penalidades tributárias, ou pela dispensa do pagamento após a ocorrência do fato gerador.

Segundo o Código Tributário Nacional:

Art. 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo [...]

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração. [...]

Art. 180. A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando: [...] ⁴¹

de 2017, e o restante: a) liquidado integralmente em janeiro de 2018, em parcela única, com redução de 90% (noventa por cento) dos juros de mora e 70% (setenta por cento) das multas de mora, de ofício ou isoladas; b) parcelado em até cento e quarenta e cinco parcelas mensais e sucessivas, vencíveis a partir de janeiro de 2018, com redução de 80% (oitenta por cento) dos juros de mora e 50% (cinquenta por cento) das multas de mora, de ofício ou isoladas; ou c) parcelado em até cento e setenta e cinco parcelas mensais e sucessivas, vencíveis a partir de janeiro de 2018, com redução de 50% (cinquenta por cento) dos juros de mora e 25% (vinte e cinco por cento) das multas de mora, de ofício ou isoladas, e cada parcela será calculada com base no valor correspondente a 1% (um por cento) da receita bruta da pessoa jurídica, referente ao mês imediatamente anterior ao do pagamento, e não poderá ser inferior a um cento e setenta e cinco avos do total da dívida consolidada; ou IV - pagamento em espécie de, no mínimo, 24% (vinte e quatro por cento) da dívida consolidada em vinte e quatro prestações mensais e sucessivas e liquidação do restante com a utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL ou de outros créditos próprios relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. § 1º Na hipótese de adesão a uma das modalidades previstas no inciso III do caput deste artigo, ficam assegurados aos devedores com dívida total, sem reduções, igual ou inferior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais): I - a redução do pagamento à vista e em espécie para, no mínimo, 5% (cinco por cento) do valor da dívida consolidada, sem reduções, em até cinco parcelas mensais e sucessivas, vencíveis de agosto a dezembro de 2017; e II - após a aplicação das reduções de multas e juros, a possibilidade de utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL e de outros créditos próprios relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com a liquidação do saldo remanescente, em espécie, pelo número de parcelas previstas para a modalidade". BRASIL. Lei 13.496, de 24 de outubro de 2017. Institui o Programa Especial de Regularização Tributária (Pert) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e altera a Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13496.htm, acesso em 17.02.2020.

⁴¹ BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à união, estados e municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm, acesso em 26.01.2020.

Somado a isso, o instituto da transação tributária está previsto no Código Tributário Nacional desde 1966, na sua primeira publicação, e foi regulamentado pela Medida Provisória 899/2019 e por legislação infraconstitucional recentemente. Segundo a Portaria da PGFN 11.956/2019, que regulamenta de forma geral a transação no âmbito federal, os objetivos da transação na cobrança da dívida ativa devem viabilizar a superação de situação transitória de crise econômico-financeira do sujeito passivo; equilibrar os interesses do contribuinte e da Fazenda Nacional; assegurar que a cobrança fiscal ocorra de forma menos gravosa para União e para os contribuintes; auxiliar a retomada do cumprimento voluntário das obrigações tributárias do contribuinte com dificuldades financeiras, entre outros aspectos⁴².

Assim, a legislação tributária, em nítida influência das transformações contemporâneas do Direito Público, demonstra um interesse da Administração Fazendária em se aproximar do diálogo com o contribuinte, em dificuldades de adimplemento, de forma celebrar acordo para pagamento da dívida tributária, de forma a viabilizar sua retomada econômica.

Nessa linha, a consensualidade é aplicada em detrimento da imperatividade, com vistas ao atendimento do interesse público. Assim, depreende-se que a transação, ao mesmo tempo em que representa um ato dispositivo – o que decorre da sua essência – espelha o interesse na cobrança do crédito público com poucas chances de pagamento.

A conclusão parece paradoxal, mas cumpre notar que o crédito que se priorizará transacionar é aquele em que o contribuinte estava com dificuldades de adimplemento. Dessa forma, o acordo passa a ser uma alternativa para tentar recuperar um crédito quase perdido. Não por acaso a portaria trata da aproximação do Fisco com o contribuinte em situação de dificuldade econômico-financeira.

Essa nova forma de pensar o exercício da Administração Pública prova como a consensualidade pode caminhar no sentido de concretizar o interesse público. Caso fosse mantida a interpretação, pela leitura literal do artigo 3º do Código Tributário Nacional, pela qual o Fisco deveria cobrar o crédito a qualquer custo da forma constituída, provavelmente, nenhuma chance haveria do crédito ser adimplido.

⁴² "Art. 3º São objetivos da transação na cobrança da dívida ativa da União: I - viabilizar a superação da situação transitória de crise econômico-financeira do sujeito passivo, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica; II - assegurar fonte sustentável de recursos para execução de políticas públicas; III - assegurar que a cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa seja realizada de forma a equilibrar os interesses da União e dos contribuintes; IV - assegurar que a cobrança de créditos inscritos em dívida ativa seja realizada de forma menos gravosa para União e para os contribuintes; V - assegurar aos contribuintes em dificuldades financeiras nova chance para retomada do cumprimento voluntário das obrigações tributárias correntes". BRASIL. Portaria n. 11.956, de 27 de novembro de 2019. Regulamenta a transação na cobrança da dívida ativa da União. Disponível em <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11.956-de-27-de-novembro-de-2019-230453307>, acesso em 26.01.2020.

Quando se interpreta que é possível negociar e desistir de algum aspecto do crédito - seja por aumento de prazo ou desconto da dívida - para permitir o pagamento, o atendimento do interesse público fica evidente, mesmo que não pelos meios tradicionais. Assim, é manifesto que não conceder espaço de discricionariedade, em que cada contribuinte possa ser analisado individualmente pela Administração Fiscal, não estava conduzindo Fazenda Nacional a boas soluções jurídicas.

Pelo já exposto, não tem força o argumento da indisponibilidade do crédito tributário como um impedimento à arbitragem. Porém, não é só isso.

É imperiosa a reflexão se o caso realmente seria de disposição de direito. Não é demais lembrar que a arbitragem representa um método heterocompositivo de resolução de conflitos, que ocorre por meio de um órgão formado por julgadores não estatais, mas isso não lhe retira o dever de decidir justamente o conflito.

A transação, ontologicamente, depende da realização de concessões mútuas e é um ato de disposição mais amplo que a arbitragem. No caso da decisão arbitral, a concessão está relacionada à forma como será julgada a controvérsia tributária e não sobre o crédito tributário em si. De outro lado, na transação, as concessões alcançam aspectos do próprio crédito e, ainda assim, já existe previsão de transação de crédito tributário desde a primeira edição do Código Tributário Nacional.

Portanto, se na arbitragem o acordo⁴³ entre as partes se limita a buscar uma alternativa à Justiça estatal, existe motivo para entender que haveria disposição do crédito do público?

A resposta é não. É forçoso notar que a arbitragem não predestina o Estado a um resultado desfavorável ao seu interesse, visto que o árbitro deve ser imparcial e independente.

Frise-se que existe diferença da arbitragem para conciliação e mediação, que também são meios alternativos para solução de controvérsias, mas que representam métodos autocompositivos de finalizar litígios (relacionados à transação). Isso porque, não possuem a interferência de um terceiro imparcial que imponha definitivamente uma decisão. Diferentemente da arbitragem, em que a figura do árbitro ou tribunal arbitral é imprescindível e o resultado não resulta de acordo entre as partes.

Vale explicar que a característica da definitividade da decisão faz com que a arbitragem seja também uma forma de exercício da jurisdição⁴⁴. Nesse ponto, des-

⁴³ Sobre a realização desse acordo, entendemos que, após a edição da lei complementar que preveja a possibilidade de determinadas matérias de direito tributário serem submetidas ao julgamento arbitral, deverá a Fazenda Nacional editar ato infralegal com as condições e casos em que aceitará a arbitragem. Dessa forma, não será violada a isonomia fiscal, pois os critérios serão definidos previamente e postos para opção dos contribuintes. Isto é, contribuintes em mesmas posições jurídicas terão iguais oportunidades de levar o julgamento da controvérsia à arbitragem.

⁴⁴ No Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206, ocasião em que o STF apreciou, incidentalmente, a constitucionalidade da Lei 9.307/1996, foi decidido em *obter dictum* que seria válida a renúncia à jurisdição estatal em abstrato. É importante consignar que a discussão em torno do cabimento da ar-

taque-se que o Código de Processo Civil que, ao tratar de sentença arbitral, a define como título executivo judicial, confirmando seu caráter definitivo para decidir conflitos, *in verbis*: “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...]VII - a sentença arbitral”⁴⁵.

Então, em verdade, o Fisco, caso opte pela arbitragem, somente desistirá de ter sua lide resolvida pelo Poder Judiciário, mas não de ter um julgamento justo e promovido com respeito à legalidade tributária.

Da mesma forma que o modelo português, a lei brasileira deve impor a aplicação da lei tributária, bem como os precedentes jurisprudenciais consolidados, como forma de evitar violação à isonomia tributária. Além disso, não é aceitável que a arbitragem que envolva ente da Administração Pública permita julgamento por equidade.

O parágrafo 3º do artigo 2º da Lei 9.307/1996 traz princípios que devem ser preservados, lembre-se: “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”⁴⁶. A obrigação de tornar a publicidade a regra para a Administração Pública anda ao lado do dever de motivação, posto que ambos decorrem do controle a que os atos administrativos estão submetidos. Não se admite que a decisão arbitral seja sigilosa. Tal fato poderia gerar dificuldade de controle e eventual violação aos princípios de justiça fiscal.

Ressalte-se que, o marco legislativo da Arbitragem Tributária deverá deixar claro que cumpre ao árbitro obedecer aos critérios do direito material regulatório, sob pena de nulidade de sua decisão. Assim, somando-se a obrigatoriedade de obedecer ao direito posto e o dever de publicidade à imprescindibilidade de imparcialidade e independência do julgador, se espera da arbitragem um julgamento a que se possa dar credibilidade.

Cabe lembrar que os artigos 13 e 14 da Lei 9.307/96⁴⁷ disciplinam a escolha do árbitro e o exercício de sua atividade no sentido de enfatizar-se a obrigatoriedade de que

bitragem para o Poder Público, no aspecto material, gravita não só sobre o argumento de que o direito em si seria indisponível, pela questão do interesse público que envolve, mas também pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, que atrairia a competência do Poder Judiciário para resolução de conflitos. Caminhamos no mesmo sentido da jurisprudência, na medida em que não entendemos que a garantia constitucional do acesso à justiça do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República crie uma espécie de monopólio da justiça estatal para dirimir conflitos. Essa garantia veicula, em dos seus aspectos, norma direcionada ao legislador, pois impede a edição de leis que excluam a apreciação do Judiciário em caso de conflito, o que não implica dizer que somente os magistrados estejam aptos a resolver toda e qualquer lide.

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm, acesso em 25.01.2020.

⁴⁶ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm, acesso em 25.01.2020.

⁴⁷ “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. [...] § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. [...] Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os

o julgador siga critérios de imparcialidade e independência. Como visto, um dos pilares da arbitragem é o princípio da confiança, que se apresenta como critério definidor para que alguém possa ser árbitro. Essa confiança é despertada quando são observados os critérios para garantir o afastamento de qualquer interesse no resultado na demanda.

Por oportuno, frise-se que entendemos que as regras dos artigos supracitados devem ser servir como normas gerais. Contudo, no caso da arbitragem tributária, é esperado que o marco legal traga disposições específicas sobre os requisitos para as qualificações do árbitro

Pelo exposto, é possível notar que a arbitragem não acarreta abrir mão do devido processo legal, mesmo que se possa optar por um procedimento distinto do previsto no Código de Processo Civil ou na Lei de Execuções Fiscais. Trata-se da opção por uma forma de resolução extrajudicial de conflitos, que possuirá seu regulamento próprio a ser respeitado.

É inegável que não existe para os árbitros as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade salarial como é previsto para magistratura, sob o fundamento de resguardar a imparcialidade dos juízes estatais. No entanto, além do controle do mercado, é possível instituir um modelo próprio, por exemplo, inspirado no português.

Com a exposição do direito comparado, buscamos demonstrar que deixar de optar pelo julgamento do Estado-Juiz não resulta em aderir à ausência de um julgamento dentro dos padrões de ética e justiça. Não é possível concordar com um julgamento realizado totalmente sem critérios técnico-jurídicos. Por esse motivo que deve a Arbitragem Tributária ser precedida de lei e regulamentos que disciplinem suas minúcias.

Portanto, a arbitragem, assim o como a jurisdição exercida pelo Poder Judiciário, deve ser justa e adequada, não representando, por esse lado, propriamente uma disposição de direito de crédito. Em verdade, sua correta utilização pode gerar a maior concretização do princípio do acesso à justiça, por completar um sistema multiportas para soluções de controvérsias tributárias.

Acrescente-se a crítica de Bruno Lopes Megna:

O argumento de que o administrador público não pode optar pela arbitragem porque não pode renunciar à legalidade, a pretexto de que só Poder Judiciário acostumado com a coisa pública poderia controlar essa legalidade, só faria sentido se a prévia autorização judiciária fosse pressuposto

casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil. § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência. § 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando: a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação". BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm, acesso em 25.01.2020.

para o exercício da função administrativa - o que é inadmissível no direito brasileiro (cf. tópico 3.1). O que o argumento esconde é a desconfiança nos políticos que administram e legislam - e uma tentativa de transferir a administração e legislação aos magistrados. A Administração Pública pode e deve ser um local de profissionais tão qualificados e honestos quanto os do Poder Judiciário; tal qual neste, naquela também existem carreiras que podem e devem ter condições de garantir o exercício idôneo da função administrativa, na participação em arbitragem inclusive - caso em que se destaca Advocacia Pública (cf. tópico 7.2.1.)⁴⁸.

À guisa de uma conclusão, adotar esse método de solução de conflitos não importaria, a rigor, relativização do interesse público ou disponibilidade do mesmo, desde que o marco legal estabelecesse pressupostos claros para sua aplicação.

De forma diametralmente oposta, o que se deve pretender com a arbitragem tributária é completar um quadro de possibilidades para discussão da controvérsia tributária, que, em casos específicos, será capaz de atender com mais efetividade aos interesses da coletividade tanto de satisfação do crédito público como de acesso à justiça.

1.3.2. Motivos e sugestões de critérios para a inovação legislativa

Esclarecida a viabilidade da adoção da arbitragem para a Fazenda Pública na solução de conflitos tributários, é relevante pensar quais seriam as motivações administrativas para a adoção desse instrumento.

A princípio, pode parecer que para o Estado não existiria interesse em optar pela arbitragem, mas a baixa recuperabilidade do crédito tributário e o risco de condenações sucumbenciais expressivas com o novo Código de Processo Civil são fatores que podem impulsionar esse interesse.

Além disso, há uma tendência da organização estatal se aproximar de métodos mais empresariais, tidos como mais eficientes, tendo em vista a inclusão do princípio da eficiência no rol dos princípios constitucionais do artigo 37 da Constituição da República.

Também é notória a existência de uma pressão externa para redução do "Custo Brasil", o que traz uma demanda por uma Administração menos burocrática. Sobre esse tema, a jurista Selma Lemes escreveu sobre as arbitragens em geral para Administração Pública, de forma a relacionar a economia com custos de transação ao instituto:

Os incentivos para a previsão da arbitragem nesses contratos são predominantemente financeiros, de economia nos custos de transação, com resultados positivos para a sociedade. A AP deixa de usar o Judiciário (mantido pelo Estado), reduzindo custos e tentando gerar mais eficiência aos serviços prestados aos jurisdicionados.

⁴⁸ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p-146.

A inserção da arbitragem opera a favor dos princípios da economicidade e da eficiência tão almejados e necessários.

Os parceiros contratados, cientes da previsão em solucionar conflitos extrajudicialmente oferecerão preços menores. Estudos internacionais demonstram que a previsão de meios adequados de solução de conflitos em contratos de concessão pode gerar redução de até 20% no custo da tarifa cobrada dos usuários finais. Além disso, há redução dos custos no processo arbitral comparado ao processo judicial. A economia pode chegar a quase 60%⁴⁹.

A mesma lógica deve ser aplicada ao Direito Tributário, que não deve ser um entrave para atração de investimentos ao país. Quando tratamos do modelo português, mencionamos o relato de Nuno Villa-Lobos, pelo qual descreve como efeitos positivos: diminuição dos custos da litigância, redução de processos em tribunais tributários, previsibilidade do tempo das decisões, atração de investimento econômico por conta dos fatores anteriores, entre outros. Além disso, acrescenta que esses fatores não geraram em contrapartida a redução da qualidade das decisões⁵⁰.

Assim, visto que o direito comparado apresentou um resultado positivo quanto ao atendimento de metas que correspondem às nossas expectativas, infere-se ser arbitragem tributária uma alternativa interessante ao Brasil.

Com relação às matérias subordináveis à Arbitragem Tributária, em Seminário que virou livro, Guilherme Adolfo Mendes sugeriu a arbitragem para conflitos entre entes federativos e questões de fato:

Em primeiro lugar, vi com simpatia a arbitragem para evitar bitributação. No nosso país, poderia ser adaptada para resolver os conflitos de competência horizontais entre Estados e entre Municípios, pois são similares à bitributação internacional da renda. [...]

Agora, para aquelas situações em que há efetivamente um conflito entre o fisco e o contribuinte, se fossemos seguir o exemplo de Portugal, entendo que deveríamos ir devagar. Nesse caso, criaríamos a arbitragem apenas para solucionar questões de fato, não as de direito, e restritas às de pequena monta. Se funcionar, poderíamos então prosseguir. Estenderíamos a arbitragem para as questões de direito, ainda para valores pequenos; e, depois, poderíamos ir aumentando gradativamente o valor da causa passível de ser resolvida pela arbitragem⁵¹.

⁴⁹ LEMES, Selma Ferreira. **Incentivos a Arbitragem na Administração Pública**, disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/01/02/incentivos-arbitragem-administracao-publica/>, acesso em 24.01.2020.

⁵⁰ VILLA-LOBOS, Nuno. **Avaliação sucessiva perfunctória da implementação da arbitragem tributária em Portugal**. https://www.caad.org.pt/files/documentos/artigos/NUNO_VILLA-LOBOS-09.pdf, acesso em 11.01.2020, p-213-214.

⁵¹ MENDES, Guilherme Adolfo. Arbitragem: Lítígios Tributários mais adequados a soluções alternativas de conflito. In: NASCIMENTO, Sallette et al. (org.). **Seminário Soluções Alternativas de Resoluções de Conflito: Arbitragem em Geral e em Direito tributário** (1.,2011, São Paulo) Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2013, p-86.

Priscila Faricelli também sugere uma delimitação material, sobretudo, de forma a priorizar a arbitragem para questões de fato de complexidade elevada:

Campo fértil à arbitragem tributária, diante da qualidade e tecnicidade das decisões que poderão advir, são as complexas questões de fato que surgem no desenrolar das relações jurídicas de tal espécie. Cálculos complexos, aspectos contábeis que geram consequências diretas e objetivas nos aspectos da regra de matriz tributária, composição de produtos e materiais, forma e quantidade de consumo de materiais nas indústrias, adequada classificação fiscal de determinado produto são exemplos de questões de alta complexidade e sobre as quais uma análise técnica é essencial ao adequado julgamento da controvérsia e, por conseguinte, tratamento do conflito.[...]

Assim, a partir do cabimento da arbitragem tributária, não parece haver dúvidas quanto à possibilidade, adequação e viabilidade de que questões fáticas controversas possam ser submetidas a decisão arbitral.

Por certo, o modelo português não deve ser transposto acriticamente ao Brasil, mas é possível estabelecer matérias e aspectos por onde podemos começar, sem prejuízo da ampliação posterior do cabimento.

Nas matérias em que os tribunais, usualmente, não conseguem decidir sem prova técnica, há um indicativo de que a arbitragem possa trazer uma decisão melhor, mais célere e dotada de tecnicidade, considerando a possibilidade de eleição de árbitro especialista no assunto.

É importante destacar que defender a arbitragem para questões de fato, não exime o julgador de aplicar o direito positivo. Questões de fato a que nos referimos são aquelas que para aplicar o direito é necessária a produção de prova técnica anterior, como perícias de materiais, laudos contábeis, análises de engenharia, entre outros procedimentos. Nesses casos, a escolha do julgador pode favorecer a qualidade da decisão, caso o mesmo tenha mais experiência para entender o assunto controverso.

Para as questões puramente de direito, a forma de controle da arbitragem deverá ser mais rigorosa, sob pena de violação aos princípios da isonomia fiscal e da legalidade. Não é possível reconhecer que para um contribuinte esteja vigente uma obrigação tributária que não deva ser cumprida pelos demais em igual situação. Nessa perspectiva, para matérias repetitivas, a arbitragem tende a não ser uma boa opção, pelo menos, enquanto não julgado o caso definitivamente pelo tribunal superior.

A preocupação com os precedentes é qualificada no caso das controvérsias tributárias repetitivas. A coerência do sistema jurídico – com a obediência à isonomia – é essencial para manter protegido o ambiente da livre concorrência entre as empresas.

Os novos mecanismos processuais de controle dos precedentes são recentes no Processo Civil e precisam ter seus efeitos analisados. Mesmo no âmbito do Poder Judiciário, o sistema jurídico já permitiu graves falhas⁵².

Assim, mesmo que seja prevista a possibilidade transposição dos sistemas de obrigatoriedade de observação dos precedentes consolidados, tais discussões não poderão ser excluídas da análise dos tribunais superiores, para viabilizar a uniformização dos julgamentos. Dessa forma, como a previsão de recursos aos tribunais poderia gerar um efeito contrário ao que se espera⁵³, consideramos inviável, em um primeiro momento, que matérias afetadas à sistemática dos recursos repetitivos sejam julgadas na arbitragem.

Ainda quanto esses casos, de outro lado, entendemos que após a fixação da tese aplicável, por exemplo para discussão sobre o *quantum* a ser repetido ou compensado, poderia ser viável a arbitragem, quando verificada a existência de divergência e os valores forem expressivos para justificar o prolongamento do debate.

⁵² Um exemplo ocorreu no notório "Caso Coca Cola". O STF julgou o RE 212.848 e decidiu sobre a desoneração das matérias-primas na entrada do estabelecimento, em relação às hipóteses de insumos isentos para fins de creditamento do valor do tributo incidente. Prevaleceu o entendimento pelo qual há ofensa à Constituição Federal quando o contribuinte do IPI se credita do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção. Contudo, esse posicionamento se alterou no julgamento dos REs 353.657 e 370.682, ocasião em que o STF, por maioria, que não afrontaria o princípio da não cumulatividade a vedação de creditamento presumido do IPI na hipótese de insumo que ingressa na empresa exonerado do tributo, modulando os efeitos da decisão para lhe dar efeitos prospectivos. O desequilíbrio foi corrigido recentemente, na apreciação do tema 322 sob repercussão geral. O STF fixou a tese segundo a qual haveria direito ao creditamento de IPI na entrada de insumos, matéria-prima e material de embalagem adquiridos junto à Zona Franca de Manaus sob o regime de isenção, considerada a previsão de incentivos regionais, conforme aos artigos 43, parágrafo 2º, inciso III, da Constituição Federal, e 40 do ADCT11. No entanto, entre 1998 até 2019, houve distorção na tributação no que se refere à possibilidade de creditamento de créditos de IPI de extrato de refrigerante oriundos da Zona de Franca de Manaus, pois empresas que não eram a Coca Cola não podiam se creditar desse crédito, sobretudo depois do julgamento dos REs nº 353.657 e 370.682, que determinaram a impossibilidade desse creditamento. Vejamos a nova decisão: "TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. CREDITAMENTO NA AQUISIÇÃO DIRETA DE INSUMOS PROVENIENTES DA ZONA FRANCA DE MANAUS. ARTIGOS 40, 92 E 92-A DO ADCT. CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 3º, 43, § 2º, III, 151, I E 170, I E VII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA REGRA CONTIDA NO ARTIGO 153, § 3º, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À ESPÉCIE. O fato de os produtos serem oriundos da Zona Franca de Manaus reveste-se de particularidade suficiente a distinguir o presente feito dos anteriores julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o creditamento do IPI quando em jogo medidas desonerativas. O tratamento constitucional conferido aos incentivos fiscais direcionados para sub-região de Manaus é especialíssimo. A isenção do IPI em prol do desenvolvimento da região é de interesse da federação como um todo, pois este desenvolvimento é, na verdade, da nação brasileira. A peculiaridade desta sistemática reclama exegese teleológica, de modo a assegurar a concretização da finalidade pretendida. À luz do postulado da razoabilidade, a regra da não cumulatividade esculpida no artigo 153, § 3º, II da Constituição, se compreendida como uma exigência de crédito presumido para creditamento diante de toda e qualquer isenção, cede espaço para a realização da igualdade, do pacto federativo, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e da soberania nacional. Recurso Extraordinário desprovido." RE 592891, Relatora Min. ROSA WEBER, julgado em 25/04/2019.

⁵³ Ainda que não acredite numa mudança numérica substancial com a criação da arbitragem tributária, ao menos, espera-se que casos trabalhosos liberem os juízes estatais para ter mais tempo para as demais demandas. O efeito esperado não pode ser aumentar o quantitativo de trabalho da Justiça.

Quanto ao direito aplicável, na arbitragem privada, é possível convencionar para cada caso o direito material e processual a ser aplicado, tal modelo não é adequado para arbitragem tributária. Ao menos quanto ao direito material, deverá ser observada a legislação tributária e a Constituição da República. O marco legal deve ser expresso ao tratar desses parâmetros e das hipóteses de nulidade em caso de descumprimento.

Em Portugal, conforme já mencionamos, existe um mecanismo de controle bem estruturado, que prevê recursos para o Tribunal Constitucional - por exemplo, em caso de recusa à aplicação de norma com fundamento na inconstitucionalidade - ou ao Supremo Tribunal Administrativo, quando a decisão seja contrária à matéria de direito decidida pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo.

Essas previsões de controle judicial em situações específicas são desejáveis e não desnaturam a arbitragem.

Para que mantenha vigente, caso uma vez instaurado, o julgamento arbitral dependerá do atendimento a bons critérios de justiça de forma que alcance as finalidades públicas de incrementar o acesso à justiça e aumentar os mecanismos de discussão da Dívida Ativa.

Portanto, como tentamos demonstrar, existem motivos substanciais para motivar a inovação legislativa, com a criação de um sistema de solução de controvérsias tributárias mais diverso, com vistas à adoção de um sistema multiportas de solução de conflitos, o que além de concretizar o princípio do acesso à justiça, atende a interesses do mercado.

2. CONCLUSÃO

1. No caminho de uma conclusão, entendemos que a indisponibilidade do crédito público não deve ser apontada como óbice à adoção da Arbitragem Tributária, sobretudo, porque essa não se trata de um ato de disposição, mas de outra forma de resolução do conflito, diferente do meio tradicional (judicial). Somado a essa ideia, por meio da arbitragem, o que se pretende é atuar no sentido de concretização do interesse público de acesso à justiça, na medida em que há ampliação dos métodos resolutivos e não o contrário.
2. A arbitragem tributária conviverá com os tradicionais critérios de resolução de conflitos e deve ter aplicação quando esses não forem adequados para resolução eficaz e célere das controvérsias. Trata-se de satisfazer uma necessidade de aprimoramento do sistema. Conforme demonstrado na introdução, os números oficiais demonstram um alto grau de congestionamento da Justiça e os casos tributários estão em maior quantidade.
3. Em que pese num primeiro momento, a quantidade de casos submetidos à arbitragem tributária não seja relevante, se processos trabalhosos – sobretudo pela ênfase em situações fáticas complexas - puderem ser submetidos ao ambiente extrajudicial, mais tempo sobrarão para o julgamento dos demais.

4. Dessa forma, a defesa pela criação de um sistema multiportas implica concretização do interesse público e demonstra foco na Constituição da República com resultado na ampliação do acesso à justiça. Por esse entendimento, a releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público é imperiosa, mas não tão extrema, no sentido de pensarmos que os meios para o alcance do resultado são disponíveis em que pese o resultado (proteção do interesse público) seja o mesmo.
5. É notória a ascensão da consensualidade na regulamentação de institutos como a transação e o negócio jurídico processual. Esses, apesar de terem a alcance limitado, representam atos dispositivos de caráter que afetam o núcleo do direito, sendo atos de disposição mais fortes que o julgamento arbitral.
6. Na arbitragem, a aproximação entre o Fisco e o contribuinte será pela concordância na desnecessidade de se impor ao conflito a solução judicial, mas conforme afirmamos, a decisão ainda assim será imposta por um terceiro, com base em interpretação jurídica da lei.
7. Como demonstração da viabilidade do modelo, foi exposto o caso português, que apresentou resultados de redução de processos judiciais e, conseqüentemente, no tempo de tramitação dos processos, satisfação da qualidade das decisões arbitrais e aumento de atração de investimentos estrangeiros. De fato, as realidades dos países são distintas e a transposição do modelo exigirá adaptações, porém, não se pode desconsiderar a existência de resultados positivos empíricos.
8. Quanto à legalidade, não obstante as vozes em contrário, é prudente até mesmo para guiar a atuação dos órgãos de controle, a previsão da arbitragem tributária em lei complementar. A estabilidade da inserção do tema no rol do Código Tributário Nacional dará segurança jurídica para a utilização do instituto. Ademais, tornará inquestionável seu potencial para alteração e extinção do crédito ou influência na prescrição, aumentando o potencial de eficácia do instituto.
9. Ressalte-se que entendemos que não se deve adotar a Arbitragem Tributária quando a análise prévia dos casos demonstrar que o modelo atual tem sido eficiente. Em tais situações, não há necessidade de reparo.
10. No entanto, há uma concordância geral na adoção da arbitragem para casos em que forem decididas complexas questões fáticas. Por exemplo, quando deva ser realizada perícia técnica, o que tende a reduzir de alguma forma a atuação do Estado-Juiz. A possibilidade de escolher um julgador que tenha *expertise* no assunto tende a elevar a qualidade da decisão.
11. Por fim, conforme explicado, em Portugal, a definitividade da decisão arbitral pode ser questionada quando o tema esteja na Constituição daquele país. No Brasil, o Direito Tributário está extensamente exposto na

- Carta Constitucional. Assim, seria cauteloso a previsão inicial de um acesso mais restrito à discussão desses temas em arbitragem, sob pena de retirar-se a função de redução da litigiosidade do instituto.
12. Nos casos repetitivos, amplia-se o risco de violação da isonomia fiscal. Apesar de ser um risco existente também na justiça estatal, entendemos ser viável que após a afetação do repetitivo somente a após a fixação da tese possa ser o caso submetido à arbitragem, por exemplo, para análise do *quantum debeatur*. Ainda assim, deverão ser estabelecidos parâmetros em torno de valor para verificar a partir de quanto valerá a pena estender-se a discussão.
 13. Enfim, entendemos que a inovação legislativa deva acontecer de forma limitada quanto às matérias a serem objeto de Arbitragem Tributária, sobretudo, com a previsão para questões fáticas de elevada tecnicidade. Após, será possível se observar os resultados, estudar e estender a outras causas, caso se entenda pertinente.
 14. De toda forma, é imperioso reforçar que processos judiciais que demorem dezenas de anos para conclusão não atendem aos interesses do Fisco, nem da sociedade. Então, é desejável a ampliação de um sistema multiportas, que traga opções ao administrador público, a serem utilizadas conforme a melhor adequação e efetividade ao resultado que se pretende.
 15. Isso não acarreta disposição de interesse público, mas sim concretização desse. Afinal, o mister da Administração Pública no Estado Democrático de Direito deve ser atuar no caminho da concretização dos valores constitucionais, como o acesso à justiça.
 16. A ideia central é que concordar com a arbitragem tributária não deve representar verdadeiro ato de disposição do crédito público, posto que a ideia seja que o marco legal delimite o âmbito de atuação da arbitragem e imponha a obrigatoriedade de aplicação da legislação posta, o que tende a evitar injustiças fiscais. O que se pretende, enfim, é a ampliação de mecanismos de discussão das controvérsias tributárias e aumentar a efetividade no debate em torno dos créditos fiscais, de forma a beneficiar tanto a sociedade quanto a Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS

AGRELLOS, Miguel Durham. **O Regime de Arbitragem Tributária Português**, na revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 29.2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Estudos de Direito Público - artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. - 2a. ed. revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 17.02.2020.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm, acesso em 17.02.2020.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm, acesso em 17.02.2020.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, com redação dada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm; acesso em 15.02.2020.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm, acesso em 25.01.2020.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 12 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e cria a ANATEL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm; acesso em 15.02.2020.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional e Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm; acesso em 15.02.2020.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htmcompilado.htm; acesso em 15.02.2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, acesso em 26.01.2020

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm; acesso em 15.02.2020.

BRASIL, Lei no. 12.767, de 27 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; altera as Leis nºs 8.987,

de 13 de fevereiro de 1995, 11.508, de 20 de julho de 2007, 11.484, de 31 de maio de 2007, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.492, de 10 de setembro de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12767.htm, acesso em 25 de janeiro de 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm, acesso em 25.01.2020.

BRASIL. Lei 13.496, de 24 de outubro de 2017. Institui o Programa Especial de Regularização Tributária (Pert) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e altera a Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13496.htm, acesso em 17.02.2020.

BRASIL. Medida Provisória 899, de 16 de outubro de 2019. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-899-19.pdf, acesso em 15.02.2020.

BRASIL. Portaria da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no. 360, de 13 de junho de 2018. Autoriza a realização, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de modalidades específicas de negócio jurídico processual, inclusive calendarização. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/arquivos/2018/portaria-360-2018.pdf>, acesso em 25.01.2020.

BRASIL. Portaria da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no. 396, em 20 de abril de 2016. Regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos - RDCC. Disponível em <file:///C:/Users/FERNANDA/Downloads/Portaria%20PGFN%20no%20396%20de%202020%20de%2020abril%20de%202016.pdf>, acesso em 25.01.2020.

BRASIL. Portaria da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Portaria no. 502, de 12 de maio de 2016. Revoga as Portarias PGFN Nº 294, de março de 2010, PGFN nº 276, de maio de 2015 e o item 3.8, coluna “múltiplas assinaturas (item 3.6.5)”,(sic – item 3.7.5) no que se refere à nota justificativa, da Portaria PGFN nº 870, de 24 de novembro de 2014, e dispõe sobre a atuação contenciosa judicial e administrativa dos Procuradores da Fazenda Nacional. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/assuntos/legislacao-e-normas/portaria-502-atualizado-em-20-12-2018.pdf/view>, acesso em 25.01.2020.

BRASIL. Portaria PGFN no. 742, de 21 de dezembro de 2018. Disciplina, nos termos do art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e art. 19, § 13, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, a celebração de negócio jurídico processual - NJP em sede de execução fiscal, para fins de equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União e do FGTS, e dá outras providências. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97757>, acesso em 25.01.2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. rev. ampl. e atual. até a Lei 12.587, de 3-1-2012. - São Paulo: Atlas, 2012.

Decisão 286/93. Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19940307%5CGERADO_TC-17446.pdf, acesso em 17.02.2020.

FRANCISCO, José Carlos. Busca por alternativas à judicialização e possibilidades. In, FRANCISCO, Salette Nascimento et al. **Seminário Soluções Alternativas de Resolução de Conflitos: Arbitragem em Geral e em Direito Tributário** (1.,2011, São Paulo, SP). Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2013.

FREITAS, Junior. **Histórico da Arbitragem no Brasil**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/29385/historico-da-arbitragem-no-brasil>, acesso em 25.01.2020.

GIANNETTI, Leonardo Varella. **Arbitragem no direito tributário brasileiro: possibilidade e procedimento**. Tese de doutorado, UFMG, 2017.

GUANDALINI e RICHTER, Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1 edição - São Paulo: Atlas, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (*Die normative Kraft der Verfassung*). Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

LEMES, Selma Ferreira. **Incentivos a Arbitragem na Administração Pública**, disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/01/02/incentivos-arbitragem-administracao-publica/>, acesso em 24.01.2020.

LEMES, Selma Ferreira. **O Papel do Árbitro**. Disponível em http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri11.pdf, acesso em 25.01.2020.

LUCENA ADAMS, Luís Inácio. Experiência Brasileira com Arbitragem Administrativa e Perspectivas no Direito Tributário. In, LUCENA ADAMS, Salette Nascimento et al. **Seminário Soluções Alternativas de Resolução de Conflitos: Arbitragem em Geral e em Direito Tributário** (1.,2011, São Paulo, SP). Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2013.

MASCITO, Andréa. **Requisitos institucionais para a arbitragem entre fisco e contribuintes no Brasil: necessidade de norma geral**. In, PISCITELLI, Tathiane dos Santos; MASCITO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (coord.). *Arbitragem tributária : desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MENDES, Guilherme Adolfo. Arbitragem: Lítigios Tributários mais adequados a soluções alternativas de conflito. In, NASCIMENTO, Sallette et al. (org.). **Seminário Soluções Alternativas de Resoluções de Conflito: Arbitragem em Geral e em Direito tributário** (1.,2011, São Paulo) Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2013.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transação tributárias** / Priscila Faricelli de Mendonça; coordenação Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe. -1. ed. - Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, **Curso de Direito Administrativo, parte introdutória, parte geral e parte especial**. 3ª. Edição, Rio de Janeiro: renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3ª. Edição, Rio de Janeiro: renovar, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo. 4 ed. Ver., atual. e ampl.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

PORTUGAL. Decreto-Lei 10, de 20 de janeiro de 2011. Regula o regime jurídico da arbitragem em matéria tributária, no uso da autorização legislativa concedida pelo artigo 124.º da Lei nº 3-B/2010, de 28 de Abril. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/280904/details/normal>, acesso em 17 e 26.01.2020.

Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça - CNJ em 2018, ano-base 2017, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/08/620bf616dfc0d62e45e52345afd3260a.pdf>, acesso em 20.10.2019.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 4.257, de 2019. Modifica a Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Permite ao executado optar pela adoção de juízo arbitral, caso a execução esteja garantida por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, bem como permite à Fazenda Pública optar pela execução extrajudicial da dívida ativa de tributos e taxas que especifica, mediante notificação administrativa do devedor. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137>, acesso em 26.01.2020.

STF – AI 52181 / GB – GUANABARA – RELATOR MINISTRO BILAC PINTO. Data do Julgamento: 14/11/73.

STF – SE 5.206/Espanha – Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE – Data do julgamento 12/12/2001.

STJ – RECURSO ESPECIAL Nº 904.813 – PR (2006/0038111-2), RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Data do Julgamento: 20/10/2011.

STJ – MS 11308 / DF 2005/0212763-0 – Ministro LUIZ FUX – Data do Julgamento 09/04/2008.

TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Guandalini; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma análise econômica da arbitragem no Brasil**. In, TIMM, GUANDALINI e RICHTER, Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1 edição - São Paulo: Atlas, 2017.

VILLA- LOBOS, Nuno. **Avaliação sucessiva perfunctória da implementação da arbitragem tributária em Portugal**. https://www.caad.org.pt/files/documentos/artigos/NUNO_VILLA-LOBOS-09.pdf, acesso em 11.01.2020.

DANO AMBIENTAL: DA IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Environmental damage: From the imprescriptibility to the pursue public coffers refunder

Layla Kataline de Oliveira¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Da controversa interpretação do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição. Da (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. 2. Do dano ambiental. 3. “Constituição verde”. Da hermenêutica constitucional ambiental. 4. Dos princípios justificadores da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário em caso de dano ambiental. 4.1. Princípio in dubio pro natura. 4.2. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. 4.3. Princípio da responsabilidade (em face das presentes e das futuras gerações) e da equidade intergeracional. 4.4. Princípio do poluidor-pagador. 4.5. Princípio da reparação integral. 4.6. Princípio da natureza pública da proteção ambiental. 4.7. Princípio republicano. 4.8. Princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público (no ressarcimento ao erário). 4.9. Princípio da solidariedade. 5. Conclusão. Referências.

RESUMO

O cerne do presente trabalho é a questão do prazo prescricional da pretensão de ressarcimento ao erário em relação a danos decorrentes de ilícito ambiental. Tema esse analisado a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com ênfase nas doutrinas de direito ambiental, constitucional e administrativo, com o objetivo de identificar as peculiaridades do dano ambiental a fim de definir se a este tipo de dano deve se estender a ressalva constante na segunda parte do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Dano ambiental. Ressarcimento. Erário. Prescrição.

ABSTRACT

The core of the present work is the question about the statute of limitations for reimbursement to the treasury in relation to damages resulting from environmental illicit. This theme was analyzed from bibliographic and jurisprudential research, with emphasis on the doctrines of environmental, constitutional and administrative law, with the purpose of identifying the peculiarities of environmental damage in order to define whether to this type of damage should extend the reservation set out in the second part of paragraph 5 of article 37 of the Federal Constitution.

Keywords: Environmental damage. Refund. Treasury. Statute of limitation.

INTRODUÇÃO

Diante do agravamento da crise ambiental, e da frequência com que os fenômenos ambientais têm nos atingido, as questões ecológicas tornaram-se centrais. Na medida em que a sociedade é confrontada pelos efeitos da mudança climática ou atingida por desastres ecológicos, como a contaminação de rios decorrentes de rompimentos

¹ Advogada da União, lotada no Departamento de Controle Difuso da Secretaria-Geral de Contencioso, onde atua perante o Supremo Tribunal Federal. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

de barragens e mineração, por exemplo, surgem novos e complexos problemas jurídicos de difícil solução, que exigem uma concepção menos fragmentada do Direito, e a busca por novos fundamentos de justiça, bem como uma melhor hermenêutica.

É por essa perspectiva que o presente artigo objetiva analisar o prazo prescricional da pretensão de ressarcimento ao erário em caso de dano decorrente de ilícito ambiental, a vista do que dispõe o parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, para, explicitando os contornos das questões constitucionais, administrativas e ambientais que circundam o tema, diferenciar o dano decorrente do ilícito ambiental dos demais danos que ensejam pretensão reparatória ao erário, traçando as suas peculiaridades a fim de averiguar se a este tipo de dano deve se estender a regra insculpida no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal.

Considerando, então, o contexto no qual se iniciou esta pesquisa, podemos resumi-la, para melhor compreendê-la, na busca de novos argumentos éticos e jurídicos aptos a justificar a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em caso de danos ambientais.

Tal discussão, talvez não sob o mesmo enfoque, pois, como dito acima, o que se busca neste estudo são novos argumentos, tem grande relevância na justiça brasileira, tanto é que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 654.833-RG (Tema 999)², reconheceu a repercussão geral da matéria, fato este que demonstra, por si só, o quão controversa é a questão, como será melhor analisado no tópico subsequente.

Vale frisar, para delimitar o objeto deste trabalho, que não se está aqui a discutir a imprescritibilidade do dano ambiental em si, mas, sim, da pretensão ressarcitória ao erário que dele decorre. Também não se está a discutir a reparação civil em caso de danos ambientais reflexos a particulares, mas, tão somente, o prazo prescricional da ação de ressarcimento ao erário decorrente de ilícitos ambientais, com fundamento no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição.

É importante esclarecer, ainda, para finalizar essas breves linhas introdutórias, que a imprescritibilidade do dano ambiental não é, por si só, um pressuposto para a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento dele decorrente, pois, repita-se, esta decorre diretamente do artigo 37, §5º, da Constituição, mas é, sim, um dos principais argumentos a justificar a aplicação da exceção a prejuízos de natureza ambiental, como se verá mais à frente.

² No RE 654.833 se “discute, à luz dos arts. 1º, inc. III, 5º, caput, incs. V e X, 37, § 5º, e 225, § 3º, da Constituição da República, a imprescritibilidade da pretensão de reparação civil de dano ambiental”, sendo que, em 24 de junho de 2020, foi publicado acórdão no qual foi fixada a tese de que “É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”. O referido acórdão, no entanto, ainda não transitou em julgado, razão pela qual deixo de analisá-lo mais detalhadamente neste artigo. (Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4130104>, consultado em: 05 de agosto de 2020)

1. DA CONTROVERSA INTERPRETAÇÃO DO PARÁGRAFO 5º DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO. DA (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Inicialmente, convém traçar um panorama do prazo de prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário em geral, explicitando os diferentes posicionamentos adotados pela doutrina e jurisprudência, e, em especial, como o parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal tem sido interpretado pelo Supremo Tribunal Federal.

Comprovada a existência de um dano, caberá ao lesado exigir a sua reparação, que pode se dar de forma específica, por integração, restituindo-se o estado anterior ao dano, ou por ressarcimento, quando a obrigação ressarcitória se concretiza mediante uma indenização em dinheiro³. Essa pretensão, porém, deve ser exercida dentro de um marco temporal limitado.

É pela prescrição que o titular do direito perde, em razão de sua inércia, o poder de exigir a reparação do dano. A prescritibilidade é uma das expressões do princípio da segurança jurídica, princípio geral de direito que visa garantir a estabilidade das relações sociais⁴, aplicável também à Administração Pública. Ou seja, a regra é a prescritibilidade.

O parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição, todavia, dispõe que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. A imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário é, portanto, numa interpretação literal do dispositivo, uma exceção à regra da prescritibilidade, ao passo que excluiu do campo de conformação do legislador infraconstitucional a fixação de prazos de prescrição para as ações de ressarcimento.

Até bem pouco tempo atrás era possível se afirmar que a maioria da doutrina entendia pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base na ressalva do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição. Hoje, porém, pode se dizer que tal afirmação não mais se sustenta, tendo em vista que há juristas de renome a sustentar tanto a imprescritibilidade quanto a prescritibilidade dessas ações.

Ao interpretar o referido dispositivo, José dos Santos Carvalho Filho, em edição comemorativa dos 30 anos da Constituição Federal, defende a imprescritibilidade da pretensão ressarcitiva ao erário, resumindo a questão da seguinte forma:

Em suma, se um agente pratica um ilícito, a pretensão punitiva do Estado é alcançada pela prescrição, no prazo que a lei determinar. Mas se esse mesmo agente causa danos ao patrimônio público, a pretensão ressarcitória

³ RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine A. *Prescrição e decadência*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 152.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 127-128.

do Estado não se sujeitará ao decurso do tempo, em razão de sua imprescritibilidade.⁵

O professor, na referida obra, cita que nessa mesma linha, pela imprescritibilidade ampla, também seguem Manoel Gonçalves Ferreira Filho e o saudoso Celso Ribeiro Bastos, sendo que este último, apesar de reconhecer a imprescritibilidade, fazia críticas à regra, *in verbis*:

Esse mandamento tem provocado profundas controvérsias em sua interpretação, algo justificável diante da imprecisão de seu enunciado e da falta de indicação sobre o que efetivamente pretendeu o Constituinte.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, depois de reconhecer a inexistência do texto, entende haver duas regras no dispositivo. A primeira é a fixação da prescrição por lei, o que para o autor é “chover no molhado”, visto que a fixação legal sempre vigorou entre nós. A segunda, de acordo com o autor, estabelece a imprescritibilidade das ações “visando ao ressarcimento dos prejuízos causados” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários*, v. 1, *ap. cit.* P. 260).

Na mesma trilha se manifesta Celso Ribeiro Bastos, afirmando que as ações de ressarcimento são imprescritíveis, opção, contudo, que o autor critica pelo fato de que a regra é a prescritibilidade das pretensões, e que o fato de ser prescritível a pretensão ressarcitória dependeria apenas da maior ou menos diligência do órgão público interessado (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários*, 3ª v., t. III, *op. cit.*, p.167).⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, referindo-se aos danos decorrentes de atos de improbidade administrativa, afirma que “ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos”⁷.

Di Pietro trata do tema no capítulo relativo a improbidade administrativa do seu Manual de Direito Administrativo, ressaltando, em nota de rodapé, que a imprescritibilidade alcançaria os débitos resultantes da prática de atos de improbidade, mas não as ações de reparação de dano decorrente de ilícito civil⁸. Segundo a autora, a imprescritibilidade se justificaria em função do princípio do interesse público na proteção do erário, ainda que possa acarretar algum prejuízo ao princípio da segurança jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello, atualmente, defende o oposto, para ele, a adoção da imprescritibilidade, até mesmo nos casos de improbidade, esvaziaria o

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Constituição Federal Comentada*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 543.

⁶ *Idem*.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1041.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1041.

direito de defesa, “pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo”, enquanto “o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros”⁹.

O segundo argumento utilizado por Bandeira de Mello para defender que a prescrição deve alcançar as ações de ressarcimento ao erário, seja qual for a natureza do ilícito que gerou o dano, resume-se em afirmar que a Constituição, quando quis adotar a regra da imprescritibilidade, o fez expressamente, como no artigo 5º, LII e LXIV, e que a ressalva do parágrafo 5º do artigo 37 apenas significa que as ações de ressarcimento terão “prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal”¹⁰.

Ao investigar a doutrina administrativista é possível identificar três teses quanto a (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: i) Imprescritibilidade de quaisquer ações de ressarcimento; ii) imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidade; e iii) prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário sem exceção.

Tal controvérsia se estende aos tribunais, como apontado pelo saudoso Ministro Teori Zavaski ao relatar o reconhecimento da repercussão geral da discussão no Recurso Extraordinário 669.069 (Tema 666)¹¹:

A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma.

Ao julgar o paradigma, o Supremo Tribunal Federal assentou ser “prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. Sendo que, ao analisar os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal naqueles autos, o Ministro relator esclareceu, em seu voto, os limites da tese fixada¹²:

3. Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de tran-

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1093.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/pesquisarProcesso.asp>, consultado em 1º de março de 2020.

¹² *Idem*.

sito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescribibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio.

Por isso mesmo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à prescribibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 – “Prescribibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”; e (b) Tema 899 – “Prescribibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Desse modo, se dúvidas ainda houvesse, é evidente que as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa, assim como aquelas fundadas em decisões das Cortes de Contas, não foram abrangidas pela tese fixada no julgado embargado.

Como ressalvado pela Suprema Corte no julgado, o RE 669.069 trata especificamente da prescribibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em ilícito civil, como “os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito”, tendo sido expressamente consignado no paradigma que “que a prescribibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio”.

O Supremo Tribunal Federal, então, ao apreciar o RE 852.475 (Tema nº 897), concluiu pela imprescribibilidade das ações de ressarcimento ao erário relativas a atos de improbidade administrativa, fixando a seguinte tese em sede de repercussão geral: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

Ao contrário do que ocorreu no RE 669.069, em que apenas o Ministro Edson Fachin foi voto vencido, ao analisar o RE 852.475 o Tribunal se mostrou mais dividido. Confira-se, para ilustrar, o noticiado no *site* do STF por ocasião do julgamento:

O julgamento teve início na última quinta-feira (2), quando cinco ministros acompanharam o voto do relator, ministro Alexandre de Moraes, no sentido do desprovimento do recurso do Ministério Público estadual, entendendo aplicar-se ao caso o prazo de prescrição previsto na legislação de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), de cinco anos. O ministro Edson Fachin, acompanhado da ministra Rosa Weber, divergiu do relator por entender que o ressarcimento do dano oriundo de ato de improbidade administrativa é imprescritível, em decorrência da ressalva estabelecida no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, e da necessidade de proteção do patrimônio público.

Na sessão desta quarta-feira (8), o julgamento foi retomado com o voto do ministro Marco Aurélio, que acompanhou o relator. Para o ministro, a

Constituição não contempla a imprescritibilidade de pretensões de cunho patrimonial. “Nos casos em que o Constituinte visou prever a imprescritibilidade, ele o fez. Não cabe ao intérprete excluir do campo da aplicação da norma situação jurídica contemplada, como não cabe também incluir situação não prevista”, disse.

Já para o ministro Celso de Mello, que votou em seguida, houve, por escolha do poder constituinte originário, a compreensão da coisa pública como um compromisso fundamental a ser protegido por todos. “O comando estabelece, como um verdadeiro ideal republicano, que a ninguém, ainda que pelo longo transcurso de lapso temporal, é autorizado ilicitamente causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarcir-lo”, ressaltou, ao acompanhar a divergência. A presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, votou no mesmo sentido.

Na sessão de hoje, o ministro Luís Roberto Barroso, que já havia acompanhado o relator na semana passada, reajustou seu voto e se manifestou pelo provimento parcial do recurso, restringindo no entanto a imprescritibilidade às hipóteses de improbidade dolosa, ou seja, quando o ato de improbidade decorrer em enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou causar dano intencional à administração pública. O ministro Luiz Fux, que também já havia seguido o relator, reajustou seu voto nesse sentido. Todos os ministros que seguiram a divergência (aberta pelo ministro Edson Fachin) alinharam seus votos a essa proposta, formando assim a corrente vencedora.

Integraram a corrente vencida os ministros Alexandre de Moraes (relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que mantiveram os votos já proferidos na semana passada, e o ministro Marco Aurélio.¹³

Aprofundando um pouco mais no julgamento do precedente, para que se possa identificar os elementos considerados pela Suprema Corte para diferenciá-lo do paradigma anterior, convém destacar alguns dos fundamentos utilizados pelos ministros.

O Ministro Celso de Mello, ao fundamentar o seu voto pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de atos de improbidade administrativa, destacou que “o Brasil é um país onde ainda há corrupção” e que “O princípio republicano consagra o dogma de que todos os agentes públicos são responsáveis perante a lei. Essencial o princípio da responsabilidade e, portanto, da probidade administrativa”.

A Ministra Cármen Lúcia entendeu pela imprescritibilidade por considerar que “a segurança jurídica está não apenas na conduta das pessoas que servem ao poder público, mas no cumprimento da Constituição”, citando os parágrafos 4º e 5º da Constituição Federal.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/pesquisarProcesso.asp>, consultado em 1º de março de 2020.

O Ministro Alexandre de Moraes, por outro lado, ponderou que “em face da segurança jurídica, portanto, nosso ordenamento jurídico afasta a imprescritibilidade das ações civis patrimoniais”, e que isto não implicaria “prejuízo ao combate à corrupção nem à improbidade, pois nas hipóteses mais graves, que configuram crime, o prazo prescricional será aquele previsto no Código Penal”.

Nesse mesmo sentido foi o voto do ministro Marco Aurélio, considerando que o prazo de cinco anos não seria insuficiente para o exercício da pretensão de ressarcimento ao erário, e que a preservação da coisa pública não justificaria “incluir situação não prevista” na Constituição, concluindo que não lhe caberia “como intérprete estabelecer distinções onde a Constituição Federal não distingue”.

Os votos acima destacados, bem como os paradigmas referidos, são suficientes para ilustrar os contornos da atual controvérsia jurisprudencial, acerca da (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário.¹⁴

Sendo que, neste ponto, convém destacar a ideia que mais interessa a este estudo, que pode ser resumida no fato de que o Supremo Tribunal Federal, dada a relevância do bem jurídico tutelado, excepcionou o princípio da segurança jurídica para admitir a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por danos gerados pela prática de atos dolosos de improbidade administrativa.

Acredito que agora já esteja mais claro o objeto do presente trabalho, que consiste, basicamente, na discussão acerca dos elementos que justificam a extensão do manto da imprescritibilidade para a pretensão de ressarcimento ao erário em caso de prejuízos causados por danos ambientais, os quais, assim como os danos decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa, extrapolam a esfera civil, merecendo, portanto, especial proteção do Direito.

2. DO DANO AMBIENTAL

A Lei 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, no inciso I de seu artigo 3º, define meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege

¹⁴ Importa esclarecer que, quanto ao alcance da regra insculpida no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição, há outros dois temas de repercussão geral em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal: Tema nº 899 (prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas) e Tema nº 999 (Imprescritibilidade da pretensão de reparação civil de dano ambiental). No entanto, tais paradigmas (RE 636.886 e RE 654.833) ainda não transitaram em julgado, razão pela qual, por não poder afirmar que os entendimentos neles expressos não sofrerão alterações, opto por deixar de citar no corpo deste artigo os principais fundamentos adotados pelos Ministros da Suprema Corte ao apreciá-los. Quanto ao RE 654.833, que trata do mesmo objeto desse trabalho, destaco apenas que, como ocorreu no julgamento do RE 852.475, o reconhecimento da imprescritibilidade se deu com base na relevância do bem jurídico em jogo, por se considerar que “a reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais”. (Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4130104>, consultado em: 05 de agosto de 2020)

a vida em todas as suas formas”. A maioria da doutrina considera acertada essa definição ampla, “que realça a interação e a interdependência entre o homem e a natureza”¹⁵, adotando uma visão atual e globalizada de meio ambiente como macrobem¹⁶.

O artigo 225 da Constituição, também adotando essa concepção antropocêntrica alargada, dispõe que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”¹⁷.

A partir desses conceitos se extrai que, por ser o meio ambiente um macrobem incorpóreo, imaterial e de uso comum do povo, ninguém pode dispor da qualidade do meio ecologicamente equilibrado, direito fundamental de todos, das presentes e das futuras gerações¹⁸. A proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é, assim, direito e dever de toda a coletividade e do Estado.

É com base nessa concepção de “macrobem autônomo, difuso e de interesse público”¹⁹ do bem ambiental que se deve buscar a definição de dano ambiental, que pode ser compreendido, então, “como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem”²⁰.

A mesma dificuldade que se tem em enumerar o que ou quais são os bens ambientais, tendo em vista que o seu conceito é aberto, amplo e mutável, é a que se tem para delimitar quais atos configuram danos ambientais, pois a definição dependeria da

¹⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 62 (Kindle Edition)

¹⁶ *Idem*, p. 65

¹⁷ Art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]*

¹⁸ No mesmo sentido o enfoque do Supremo Tribunal Federal (grifo nosso): *O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.* (MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, DJ de 17-11-1995)

¹⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 280 (Kindle Edition)

²⁰ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 82 (Kindle Edition)

delimitação daquele, o que não é possível; as características desses danos, por outro lado, são facilmente identificáveis, são *transindividuais, transfronteiriços e transgeracionais*²¹, atingindo toda coletividade, direta ou indiretamente, em maior ou menor grau.

O dano ambiental não reconhece limites ou fronteiras, impacta a sociedade como um todo. Todos nós, de qualquer classe social, somos vítimas em potencial de catástrofes ambientais, cito, como triste exemplo o rompimento da barragem da Vale em Brumadinho, que deixou 270 e mortos, dos quais, após 01 ano da tragédia, 11 ainda estavam desaparecidos²².

Com o rompimento da barragem de rejeitos, várias propriedades rurais de alta sociedade foram soterradas e seus proprietários ali enterrados. No desastre morreu o empresário e fundador da rede Number One, dono da Pousada Nova Estância, sua mulher e seu filho, que estavam no local no momento em que a pousada, uma das mais conhecidas da região, onde já se hospedaram diversas celebridades, foi soterrada por lama e rejeitos da barragem. Além deles, estimasse que cerca de 30 pessoas, entre hóspedes e funcionários, também lá encontravam.²³

O dano ambiental é também transgeracional, além de impactar a sociedade presente, tem potencial de atingir outras gerações, comprometendo, até mesmo, a qualidade de vida daqueles que ainda estão por existir, podendo vir a roubar-lhes a dignidade:

[...] uma das peculiaridades do dano ambiental é a possibilidade de os seus efeitos projetam-se no futuro, ultrapassando, muitas vezes, os limites entre duas gerações. Dessa forma, o estabelecimento de prazos para o exercício da pretensão reparatória pode inviabilizar a reparação ambiental, deixando o meio ambiente e as futuras gerações indefesos.²⁴

No livro *Ideias para adiar o fim do mundo*, Ailton Krenak, coloca a seguinte questão para apontar a problemática dos efeitos futuros do dano ambiental: “Qual é o mundo que vocês estão agora empacotando para deixar às gerações futuras?”²⁵

Também é por meio de uma questão que o professor José Rubens Morato Leite e Patrick Ayala, na obra *Dano Ambiental*, resumem o problema: “é razoável que

²¹ CAVEDON-CAPEDEVILLE, Fernanda [et al.]. *A ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. LEITE, José Rubens Morato [coord.]. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²² *Um ano após tragédia da Vale, dor e luta por justiça unem famílias de 259 mortos e 11 desaparecidos*. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/01/25/um-ano-apos-tragedia-da-vale-dor-e-luta-por-justica-unem-familias-de-259-mortos-e-11-desaparecidos.ghtml>. Acesso em 1ª de março de 2020.

²³ *Destino de famosos, pousada foi soterrada, e poucas vitimas foram resgatadas*. Veja. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/26/destino-de-famosos-pousada-foi-soterrada-e-poucas-vitimas-foram-resgatadas.ghtml>. Acesso em 1ª de março de 2020.

²⁴ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 211 (Kindle Edition).

²⁵ KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 68.

a inércia afete os interesses de toda a coletividade, especialmente pela capacidade de os danos ambientais reproduzirem efeitos permanentes?”²⁶

A crise ambiental que nos assola e ameaça as futuras gerações demanda que o Direito seja repensado sob a ótica ecológica, a fim de resolver esse e outros dilemas que já nos são apresentados. Diante da essencialidade do meio ambiente equilibrado e da esgotabilidade dos recursos naturais, torna-se necessário que os operadores jurídicos, o que inclui os magistrados, lancem mão de todos os meios e instrumentos jurídicos capazes de garantir a higidez do direito ao equilíbrio ambiental.

É dentro desse contexto que se investiga, neste estudo, a existência de fundamentos aptos a justificar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de ilícito ambiental, assim como ocorreu quanto aos danos gerados pela prática de atos dolosos de improbidade administrativa, dada a relevância do bem jurídico tutelado (direito a integridade ecológica), o que faremos por meio dos princípios que tangenciam a temática da danosidade ambiental.

3. “CONSTITUIÇÃO VERDE”. DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

Antes de adentrar aos princípios convém discorrer um pouco sobre a Constituição Federal brasileira, que foi pioneira ao integrar as futuras gerações em seu texto e considerada de vanguarda na proteção ao meio ambiente, tendo servido, inclusive, de inspirações para novas constituições sul-americanas.²⁷

O Texto Constitucional de 1988 privilegiou o meio ambiente, sendo que as determinações e princípios relativos à proteção ao meio ambiente não estão restritos ao artigo 225. No capítulo que rege a ordem econômica, o artigo 170, VI²⁸, dispõe que aqueles que exercem atividade econômica se sujeitam ao princípio defesa do meio ambiente. Outro bom exemplo, é o artigo 186, que, ao tratar da propriedade rural, informa que a sua função social somente é cumprida se atender, simultaneamente, alguns requisitos, dentre eles a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”²⁹.

²⁶ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 212 (Kindle Edition).

²⁷ BESSA ANTUNES, Paulo de. *Constituição Federal Comentada*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 543.

²⁸ Art. 170. *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;*

²⁹ Art. 186. *A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.*

Regras de proteção ambiental se espalham por toda a Constituição, podendo-se falar, sem temor, em um “sistema constitucional de proteção ao meio ambiente”.

Édis Milaré a chama de “Constituição Verde”, “tal o destaque que dá a proteção do meio ambiente” pois, como esclarece, foi “contemplada dentro de uma concepção sistêmica, disciplinando o meio ambiente como princípio das ordens econômica e social”³⁰.

Segundo o jurista, a Carta Política de 1988 “consolidou o Direito do Ambiente como disciplina especializada, consagrando seus princípios basilares [...] e, finalmente, estabelecendo as linhas mestras para um microsistema de responsabilidade por danos a comportamentos decorrentes de atividades lesivas ao meio ambiente”³¹.

O autor observa, no entanto, que a Constituição, apesar de traduzir “aquilo que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente”, omitiu-se quanto a questão da prescrição da pretensão de reparação civil do dano ambiental.³²

Ouso discordar da conclusão do ilustre jurista Édis Milaré, não considero que a Constituição tenha se omitido quanto a questão da prescrição da pretensão de reparação civil do dano ambiental.

À luz do princípio da unidade da Constituição, esta deve ser interpretada como um todo, de modo que a cláusula de imprescritibilidade para as ações de ressarcimento ao erário, prevista na segunda parte do parágrafo quinto do artigo 37 da Constituição Federal, traz a solução da questão ao menos no que toca ao Estado, pois, dentro de uma hermenêutica jurídico ambiental, a ressalva deve se aplicar também, e com maior razão, à reparação civil decorrente de dano ambiental.

Consignado expressamente no parágrafo 5^a do artigo 37 que a ação de ressarcimento ao erário não prescreve, que razão haveria para uma previsão específica de que a ação de ressarcimento ao erário em caso de dano ambiental também não prescreve, se já há uma cláusula geral de imprescritibilidade para as pretensões de ressarcimento ao erário? Seria, sem dúvida, uma expressão inútil.

Ocorre que agora, após a relativização da cláusula de imprescritibilidade, com o julgamento do RE 669.069-RG, tem-se a necessidade de se investigar o prazo prescricional para a reparação civil dos danos gerados por ilícito ambiental. Questão essa que pode ser tratada, então, como uma lacuna, e como tal, para integrá-la vamos estudar mais adiante os princípios que a ela se aplicam³³.

³⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 175.

³¹ MILARÉ, Édis. *30 anos da Constituição Federal e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 422.

³² *Idem*, p. 153.

³³ Se a partir de agora, ou mais precisamente após o julgamento do RE 669.069-RG, vamos passar tratar a questão como lacuna, ou omissão legislativa, torna-se conveniente explicitar o que dispõe o artigo 4^o da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro sobre como estas devem ser integradas: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Confira-se, quanto a necessidade de que o meio ambiente seja utilizado como vetor de interpretação das leis, incorporando a sustentabilidade ao Estado de Direito³⁴, o que apontam José Rubens Morato Coelho e Paula Galbiatti Silveira:

O Direito e a política têm mitigado os danos ecológicos produzidos pelas economias industriais e pelos modos de vida ocidentais, justificando a falta de sucesso real do Direito, que não deve ser estudado pelo meio convencional de efetividade das leis, mas no exame dos valores e princípios que estão por trás dele. Por isso, a incorporação da sustentabilidade na interpretação e na criação de novas leis pode se sobrepor à falência jurídica experimentada até então.³⁵ (Grifo nosso)

Édis Milaré, na sua obra *Direito do Ambiente* fala em “transversalidade das normas ambientais”:

Esse fato confere a característica de transversalidade das normas ambientais, significando que “é uma área jurídica que penetra horizontalmente vários ramos de disciplina tradicionais. A esse respeito, discorre Paulo Affonso Leme Machado que “o Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica.

Aliás, a transversalidade das regras do Direito Ambiental mostra uma típica característica dos direitos de terceira geração, que, diante de sua natureza coletiva e difusa, não mais permitem uma separação estanque do direito público e do direito privado e, tampouco, a aplicação isolada de vários conceitos e princípios jurídicos dos inúmeros campos do Direito.³⁶

Assim, como também é relevante, considerando a essencialidade bem jurídico tutelado, destacar o disposto no artigo 5º do referido diploma legislativo: *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*. Esse adendo é apenas para destacar que tais dispositivos, ainda que não representem a importância que os princípios passaram a desfrutar após a Constituição da República de 1988, demonstram a necessidade de que a realidade social seja considerada para a correta interpretação do direito.

³⁴ Também quanto a necessidade de se adotar a sustentabilidade como princípio, confira-se: “A ética pressupõe juízos de valor que conduzem a raciocínios e ações condizentes com aquilo que se elevou como escolha social. E como estabelecer essas escolhas? No campo jurídico-político, Freitas (2014) apresenta-nos a tutela do direito ao futuro como desencadeadora das concepções de trabalho, produção e consumo, desencadeando, no mundo do direito e da gestão pública, nova concepção dos bens jurídicos. A ética, em uma sociedade de risco que zela pelo direito ao futuro, é o ponto nevrálgico que consubstancia a sustentabilidade como um princípio jurídico, constitucional, imediato, vinculante e que ‘determina, sem prejuízo das disposições internacionais, a eficácia dos direitos fundamentais de todas as gerações’ (FREITAS, 2014, p.76)”. (VILLAC, Teresa. *Licitações sustentáveis no Brasil: um breve ensaio sobre ética ambiental e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 58-59)

³⁵ CAVEDON-CAPEDEVILLE, Fernanda [et al.]; LEITE, José Rubens Morato [coord.]. *A ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 112/113.

³⁶ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 289.

Leite e Ayala, ao discorrerem sobre a hermenêutica jurídica ambiental, destacam:

O intérprete constitucional ambiental deve analisar a evolução social, própria da dialética do Direito, preenchendo as molduras deontológicas dispostas na Constituição de acordo com o contexto social, realidade essa traduzida em uma sociedade de risco.³⁷

As questões ambientais, ainda que envolvam outros temas de direito civil ou administrativo devem ser analisados sob a ótica ecológica, uma vez que o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é pressuposto essencial para o exercício de qualquer outro direito, posto que sem ele não há, sequer, vida a ser tutelada. O direito ao meio ambiente ecologicamente é um direito fundamental de terceira geração, e como tal deve ser interpretado.

Segundo Édis Milaré, diante da crise ambiental que assola o mundo, o meio ambiente passou a “compor o quadro de direitos fundamentais ditos de terceira geração incorporados nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito”³⁸, e reconhece o direito ao meio ambiente equilibrado como extensão do direito à vida, “quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência – a qualidade de vida -, que faz com que valha a pena viver”³⁹.

Quanto a caracterização do meio ambiente como direito fundamental na Constituição da República do Brasil de 1988, expressa o autor:

De fato, nosso legislador constituinte, a par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º, acrescentou, no *caput* do art. 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, que diz com o desfrute de adequadas condições de vida em um ambiente saudável, ou, na dicção da lei, “ecologicamente equilibrado”. Direito fundamental que, enfatize-se, nada perde em conteúdo por situar-se topograficamente fora do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) da Lei Maior, já que esta admite, como é da tradição do constitucionalismo brasileiro, a existência de outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º).⁴⁰

É a partir dessa concepção que se mostrará possível a prevalência deste direito sobre outros em prol da coletividade⁴¹. E é com esse objetivo, de inserir a sus-

³⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 52 (Kindle Edition).

³⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 261.

³⁹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 261.

⁴⁰ *Idem*, p. 262.

⁴¹ Acerca da fundamentabilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também vale a pena transcrever o que resumiu Andres Joachim Krell nos Comentários à Constituição do Brasil: *II. O art. 225 estabelece um autêntico direito fundamental, já que o catálogo dos DF é materialmente aberto (art. 5º,*

tentabilidade na discussão, que analisaremos no próximo capítulo alguns princípios de direito ambiental que se entende de grande utilidade.

4. PRINCÍPIOS JUSTIFICADORES DA IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM CASO DE DANO AMBIENTAL

A fim de se evitar discussões sobre os uso excessivo de princípios na atualidade, convém esclarecer que não se pretende neste trabalho defender a aplicação dos princípios ora selecionados diretamente para a solução da questão, o que se almeja é a utilização desses postulados como vetores de interpretação de comando já expressamente previsto na Constituição (art. 37, §5º, CF), na sua função hermenêutica, auxiliando o intérprete na harmonização do sistema de proteção ao meio ambiente, o que se justifica ante a relevância do bem jurídico tutelado.

Ao tratar das funções dos princípios, Lênio Streck, na obra *Comentários à Constituição do Brasil*, coordenada pelo professor José Gomes Canotilho, afirma que:

[...] Nesse contexto, a grande engenharia a ser feita é, de um lado, preservar a força normativa da Constituição e, de outro, não colocar a política a reboque do direito.

Essa (inter)mediação é o papel a ser desempenhado pelos princípios forjados na tradição do Estado Democrático de Direito. Princípios funcionam, assim, como *Leitmotiv* do processo interpretativo, como que a mostrar que cada enunciado jurídico possui uma motivação (*Jede Aussage ist motiviert*, dirá Gadamer). Princípios têm a função de mostrar/denunciar a ruptura com a plenipotenciabilidade das regras; o direito não isenta o intérprete de qualquer compromisso com a realidade.⁴²

Leitmotiv pode ser traduzido, nesse caso, como “motivo condutor”, ou seja, segundo o autor, princípios funcionariam como vetores do processo interpretativo, sendo que é justamente essa a acepção de princípios que se optou por adotar para o presente trabalho.

Mais adiante na mesma obra, o professor Andreas Joachim Krell, traz um esclarecedor resumo quanto a aplicação dos princípios na seara ambiental:

A reduzida previsibilidade dos efeitos de atos humanos em relação ao ambiente natural e a sua tendência de serem irreversíveis exige a realização do

§ 2º). Como expressão de sua indivisibilidade, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estende e reforça o significado dos direitos à vida (art. 5º, caput) e à saúde (arts. 6º, 196 s.), além da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), para garantir uma vida saudável e digna que propicie o desenvolvimento humano. Assim, o conceito da dignidade está aberto e em constante mutação, reconstruindo-se permanentemente em razão da evolução cultural de uma sociedade e da inserção de novos valores ao seu conteúdo, ampliando a condição existencial humana além da dimensão estritamente biológica (Fensterseifer, 2008, p. 61ss.). (Location 109080 of 140976, Kindle Edition)

⁴² STRECK, Lenio. *Comentários à Constituição do Brasil*. (Location 4857 of 140976, Kindle Edition)

Direito Ambiental através de princípios, que possibilitam uma concretização hermenêutica mais flexível em cada caso, abrem o caminho para uma “renovação do campo ético do agir” (Garcia, 2007, p. 477s.) e fornecem as bases conceituais para uma sistematização e harmonização do Direito Ambiental como um todo. [...] ⁴³

Édis Milaré também discorrendo sobre a função dos princípios, expõe:

A palavra *princípio*, em sua raiz latina, significa “aquilo que se toma primeiro” (*primum capere*), designando início, começo, ponto de partida. Princípios de uma ciência, segundo José Cretella Júnior, “são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes”. Ou, como averba Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é, por definição, “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por delimitar a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”. E aduz, com propriedade: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. ⁴⁴

Como afirmado pelo jurista, ao citar Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios conferem lógica e racionalidade ao sistema jurídico. É com base na função interpretativa desempenhada pelos princípios que se pretende demonstrar a relevância daqueles a seguir selecionados para a solução da controvérsia acerca da ressalva do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal quanto a danos decorrentes de ilícito ambiental.

4.1. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO NATURA*

Apesar de, particularmente, defender que toda e qualquer ação de ressarcimento por quaisquer danos causados ao erário é imprescritível, por considerar, além de diversos outros motivos, que havendo dúvida quanto ao significado da ressalva

⁴³ KRELL, Andreas Joachim. *Comentários à Constituição do Brasil*. (Location 109235 of 140976, Kindle Edition).

⁴⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 260-261.

do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, é recomendável a observância do princípio *in dubio pro societatis*, uma vez que o erário se presta a concretização de direitos, em benefício de toda a coletividade; restrinjo a questão ao dano ambiental, e assim, destaco o princípio *in dubio pro natura* como um dos principais argumentos para justificar a imprescritibilidade em caso de prejuízos desse jaez.

O princípio *in dubio pro natura*, considerado uma importante inovação do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵ em matéria ambiental, informa que, diante da essencialidade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve-se priorizar o sentido da lei que melhor atenda à proteção do meio ambiente⁴⁶.

Diante desse princípio, a imprescritibilidade se justifica, primeiro, porque, diante da certeza da punição, assume função preventiva e inibitória. A previsibilidade da reprimenda pecuniária que, muito das vezes, é o que mais importa ao infrator, atende, assim, aos ditames constitucionais de proteção ao meio ambiente, coibindo a prática de tais violações.

Confira-se, nesse sentido, o esclarecedor trecho do voto do Ministro Herman Benjamin no Recurso Especial 1.198.727:

A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável 'risco ou custo do negócio', acarretando o enfraquecimento do caráter dissuasório da proteção legal, um verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do infrator premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério. (REsp 1.198.727-MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 14/08/2012)⁴⁷

Quanto ao caráter repressivo da responsabilidade civil ambiental, os professores José Rubens Morato Leite e Patrick Ayala, destacam a sua função pedagógica:

[...] a principiologia do Direito Ambiental implica a necessidade de o intérprete repensar as funções da responsabilidade civil na ótica da juridicidade ambiental. Entre tais funções é possível citar a dissuasória, a pedagógica e a de desestímulo ao agente lesante. Por meio dessa visão, obsta-se que a prática de atos contrários ao bem ambiental possa valer a pena diante do

⁴⁵ Nesse sentido, confira-se: REsp 1.198.727/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 14-8-2012; REsp 1.367.923/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 27-8-2013; e REsp 1.356207/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07-05-2015. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea> . Consultado em 26 de fevereiro de 2020)

⁴⁶ *Princípio do in dubio pro natura ganha força no Superior Tribunal de Justiça* (Autor desconhecido) Revista Consultor Jurídico, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-12/in-dubio-pro-natura-ganha-forca-superior-tribunal-justica>. Artigo de 12/05/2019. Acessado em 01/03/2020.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea> . Consultado em 26 de fevereiro de 2020.

lucro do agente, hipótese que ensejaria perda da qualidade ambiental da coletividade difusa, mormente em relação à personalidade difusa.^{48 49}

Em segundo lugar, há de se considerar uma importante especificidade do dano ambiental, que, segundo a jurisprudência majoritária e grande parte da doutrina, é imprescritível. Apesar da inexistência de regras específicas no sistema jurídico brasileiro quanto à prescrição do dano ambiental, entende-se que as regras de prescrição da lei civil são incompatíveis com o bem jurídico tutelado, isto porque, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado direito fundamental de terceira geração, irrenunciável e indisponível⁵⁰.

Atente-se, então, ao fato de que, nos termos dos artigos 23, VI e VII⁵¹, e 225⁵² da Constituição Federal, o Poder Público tem a obrigação de proteger o meio ambiente, e portanto, se o responsável pelo dano não agir em tempo hábil para reparar ou minorar o prejuízo, o Estado terá de fazê-lo, implementado as medidas necessárias a fim de se assegurar a higidez ambiental, o que leva à conclusão de que, considerada prescritível a pretensão de reparação civil do dano ambiental, reservando a imprescritibilidade apenas para os deveres de cessação e recomposição do dano ambiental, haveria uma incongruência no sistema, que poderia vir a beneficiar o degradador por sua inação, enfraquecendo o sistema constitucional de proteção ao meio ambiente.

Ou seja, sendo o dano ambiental *per se* imprescritível, acaso se conclua pela prescritibilidade da pretensão de ressarcimento dele decorrente, há de se considerar, então, que, não repará-lo oportunamente é vantajoso para aquele que degrada o meio ambiente, uma vez que enquanto o dano não prescreve, a ação de ressarcimento dos prejuízos por

⁴⁸ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 376 (Kindle Edition.).

⁴⁹ Veja-se também: *Na realidade, seguindo os ensinamentos de Bahia, os princípios que estruturam a responsabilidade civil ambiental – os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção da sadia qualidade de vida, da solidariedade social e da solidariedade diacrônica com as futuras gerações, da prevenção e da precaução, do poluidor-pagador e do usuário-pagador e da reparação integral – geram uma função renovada para a responsabilidade civil ambiental, na medida em que lhe impõem uma ‘orientação marcadamente preventiva e precaucional, atribuindo-lhe também uma feição claramente solidarista, que tenta impedir a proliferação de situações de irressarcimento e pretende que a reparação seja processada da maneira mais completa possível’* (Bahia, 2012, p. 343). (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 373 (Kindle Edition.).

⁵⁰ Pela incompatibilidade do instituto da prescrição com o direito indisponível à higidez ambiental, vale transcrever o seguinte trecho do voto proferido pela Ministra Eliana Calmon no Recurso Especial nº 1.394.025: *Conquanto não se possa conferir ao direito fundamental do meio ambiente equilibrado a característica de direito absoluto, certo é que ele se insere entre os direitos indisponíveis, devendo-se acentuar a imprescritibilidade de sua reparação, e a sua inalienabilidade, já que se trata de bem de uso comum do povo* (art. 225, caput, da CF/1988). (REsp 1.394.025-MS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 08/10/2013)

⁵¹ Art. 23. *É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...]*.

⁵² Art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

ele causado prescreveria, configurando, ao passo que incentiva o degradador a não reparar o dano voluntariamente, uma falha no sistema protetivo do meio ambiente.

4.2. Princípio da proibição do retrocesso ambiental

Como ocorre com todo direito fundamental, ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também se aplica o postulado da vedação ao retrocesso, de modo que “não pode haver a simples supressão ou um esvaziamento de normas já existentes em todos os níveis do ordenamento jurídico que protegem o meio ambiente”⁵³.

Segundo Ingo Sarlet,

A proibição de retrocesso poderia até mesmo assegurar aos direitos socioambientais uma proteção mais reforçada do que a habitualmente empregada para os direitos civis e políticos, em que, em princípio, se parte do pressuposto de que não existem direitos absolutamente imunes a qualquer tipo de restrição, mormente para a salvaguarda eficiente (do contrário, incidiria a proibição de proteção insuficiente) de outros direitos fundamentais e bens de valor constitucional.⁵⁴

Édis Milaré, ao discorrer sobre o princípio, destaca que este deve ser observado, inclusive, no momento da aplicação do Direito (com grifos):

A proibição do retrocesso em matéria ambiental se preordena a garantir que no evoluir do tempo – e da edição de novas normas e de sua aplicação – se mantenha o piso de garantias constitucionalmente postas ou se avance na proteção do meio ambiente.⁵⁵

Assim sendo, há de se considerar que até a atualidade os tribunais brasileiros, em especial o Superior Tribunal de Justiça⁵⁶, têm entendido pela imprescri-

⁵³ KRELL, Andreas Joachim. *Comentários à Constituição do Brasil*. (Location 109213 of 140976, Kindle Edition)

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 267.

⁵⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 279.

⁵⁶ Pela imprescritibilidade da reparação civil pelo dano ambiental, um bom exemplo é o acórdão proferido no REsp 1.120.117-AC, de relatoria da Min. Eliana Calmon, julgado este que agora é tema de repercussão geral no STF (Tema 999), e reflete o entendimento do STJ até a atualidade (grifo nosso): ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - DIREITO AMBIENTAL- AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL – PEDIDO GENÉRICO – ARBITRAMENTO DO QUANTUM DEBEATUR NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE - SÚMULAS 284/STF E 7/STJ. [...] 3. *Reparação pelos danos materiais e morais, consubstanciados na extração ilegal de madeira da área indígena*. 4. *O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espalhando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado*. 5. *Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no*

tibilidade da reparação civil decorrente de dano ambiental, portanto, caso, a partir do julgamento do RE 654.833-RG, tal entendimento seja alterado para se adotar a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento, o que não se acredita, essa nova interpretação, quanto aos danos ambientais, configuraria um retrocesso ambiental.

No contexto de diversos desastres ecológicos ocorridos em poucos anos: do Rio Doce, Brumadinho e o derramamento de óleo que atingiu mais de três mil quilômetros do litoral brasileiro⁵⁷, uma decisão de cunho de prescrição não só representaria um incabível retrocesso, como deixaria a sociedade e as vítimas dos tristes episódios ao desalento.

4.3. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE (EM FACE DAS PRESENTES E DAS FUTURAS GERAÇÕES)⁵⁸ E DA EQUIDADE INTERGERACIONAL

O princípio da responsabilidade foi desenvolvido pelo filósofo alemão Hans Jonas, e propõe que a utilização da ciência e da tecnologia sejam utilizadas de forma ética, “a fim de que seja preservada a condição existencial humana, bem como a qualidade de vida no nosso Planeta”⁵⁹.

Embora se trate de um princípio geral de Direito, é, segundo Ingo Sarlet, um dos precursores do Direito Ambiental, impondo a todos a responsabilidade pelas presente e futuras gerações:

A ação (e omissão) humana está na origem da atual crise ecológica. Dito de outro modo, são justamente as práticas inconsequentes e irresponsáveis dos seres humanos, nas mais diversas áreas de atuação, tanto privadas quanto públicas, que nos conduziram ao atual estado de risco existencial. Há, nesse sentido, para além da responsabilidade na esfera moral, também

simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano. 6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal. 7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação. 8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental. [...] (REsp 1.120.117-AC, j. 10.11.2009, rel. Min. Eliana Calmon). No mesmo sentido, cito também: REsp 1.247.140-PR de relatoria do Min. Mauro Campbell, julgado em 01-12-2011; e REsp 647.493-SC, de relatoria do Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22-10-2007. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>. Consultado em: 26 de fevereiro de 2020)

⁵⁷ *O que se sabe até agora sobre o derramamento de óleo no Nordeste.* WWF Disponível em: https://www.wwf.org.br/informacoes/noticias_meio_ambiente_e_natureza/?73944/O-que-se-sabe-ate-agora-sobre-o-derramamento-de-oleo-no-Nordeste. Acesso em 1ª de março de 2020.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 103.

⁵⁹ *Idem*.

a necessidade de imposição de responsabilidades (deveres e obrigações no campo jurídico), com o propósito de frear o ímpeto destrutivo que tem nos guiado nos últimos séculos, e de modo particularmente acelerado a partir da segunda metade do Século XX. É nesse cenário (social, político, econômico e jurídico) que se insere o *princípio da responsabilidade*. Trata-se, sem dúvida, de um dos princípios precursores do Direito Ambiental, muito embora se trate de um princípio geral de direito.⁶⁰

A atual geração tem a obrigação de assegurar a existência das futuras gerações, e cabe ao Estado adotar as medidas necessárias para assegurar a responsabilidade pelo dano ambiental, impondo “*deveres e obrigações no campo jurídico*”, uma vez que as gerações vindouras são vulneráveis na defesa de seus direitos, que somente podem ser resguardados e reivindicados por terceiros, no caso, a geração atual, “*o que reforça a esfera dos deveres jurídicos (e morais) e responsabilidade que recaem sobre as gerações vigentes*”⁶¹.

Esse princípio, quanto às futuras gerações, também é chamado de princípio da equidade intergeracional e de “princípio da responsabilidade de longa duração”, e razão pela qual “Não se pode dar à reparação da natureza o regime de prescrição patrimonial do direito privado”⁶².

Caso se considere que a pretensão de ressarcimento ao erário está sujeita à prescrição, as futuras gerações sofrerão duplamente os efeitos do dano ambiental: i) herdarão as consequências diretas do dano ambiental, pois, como se sabe, muitas vezes não é possível restaurar o *status quo ante*, logo, as gerações vindouras receberão o meio ambiente já degradado; ii) não sendo possível o ressarcimento ao erário, as futuras gerações deixarão, também, de perceber os investimentos que aqueles valores poderiam lhe propiciar, recursos estes que poderiam ser investidos em infraestrutura, saneamento, preservação ambiental e tantas outras políticas públicas que repercutiriam num futuro melhor.

É, assim, ilógico conceber que a pretensão de ressarcimento de danos capazes de atingir gerações que ainda estão por existir deva padecer pelo decurso de tempo.

Em observância a esse importante postulado, tem-se que a imprescritibilidade é a melhor resposta para a controvérsia ora analisada, uma vez que a prescrição submeteria as futuras gerações às consequências diretas do dano ambiental e à falta de recursos para efetivação de políticas públicas que poderiam minimizar esses efeitos negativos.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 103-104.

⁶¹ *Idem*, p. 110.

⁶² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Aratijo. *Dano Ambiental*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 214 (Kindle Edition.).

4.4. Princípio do poluidor-pagador

De acordo com o princípio do poluidor-pagador, o responsável não poderá repassar à sociedade os custos da atividade por ele desenvolvida, deverá arcar com todos os ônus relativos a reparação dos danos ambientais dela decorrente, internalizando as externalidades negativas.

O objetivo deste princípio é evitar a privatização dos lucros e a socialização das perdas, impondo que o ônus com a preservação do meio ambiente seja internalizado na atividade desenvolvida. Buscando, dessa forma, desonerar a sociedade, ou pelo menos, “minimizar o fenômeno da ‘externalização’ dos custos ambientais gerados no âmbito das atividades de produção e consumos de bens e serviços”⁶³.

Esse princípio assenta-se, segundo Édís Milaré, “na vocação redistributiva do Direito Ambiental”⁶⁴. Portanto, extraindo-se dele eficácia normativa, tem-se como justificada a adoção de um regime de responsabilidade civil mais rigoroso em se tratando de matéria ambiental, até mesmo a imprescritibilidade, evitando, assim, que a sociedade pague a “conta pelo comportamento desconforme de terceiro”⁶⁵.

4.5. Princípio da reparação integral

Pelo princípio da reparação integral, aquele que causar dano ambiental é obrigado a indenizar ou reparar, integralmente, o meio ambiente e a todos aqueles afetados por suas consequências, sendo que a indenização, caso não seja possível a reparação integral, deve ser proporcional à gravidade da lesão.

Sendo que, dada a gravidade das consequências do ilícito ambiental e a impossibilidade de, na prática, se restabelecer o *status quo ante*, para que haja de fato a reparação integral do dano ambiental, o causador deve ser impelido, ainda que possível a reparação *in natura*, a ressarcir os prejuízos causados à coletividade e a cumprir com as sanções administrativas e penais relativas ao ilícito, não havendo, segundo o Superior Tribunal de Justiça⁶⁶, qualquer óbice para a acumulação dessas obrigações.

Segundo Leite e Ayala, “O pressuposto da reparação integral deriva da hipótese de que o agente é obrigado a reparar todo o dano, sob pena de redundar em impunidade”⁶⁷.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 115.

⁶⁴ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 271.

⁶⁵ *Idem*, p. 692.

⁶⁶ Nesse sentido: REsp 1.269.494-MG, Rel. Min. Eliana Calmon; e REsp 1.367.923/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 27-8-2013. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa?aplicacao=processos.ea>. Consultado em: 26 de fevereiro de 2020)

⁶⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 257 (Kindle Edition.)

Nessa perspectiva, a adoção de prazo prescricional para o ressarcimento ao erário, poderia vir a implicar em impunidade, pois permitiria ao degradador, em razão do decurso do tempo, escusar-se de reparar todo o prejuízo causado, prejuízos esses que alcançam gerações, e portanto, não deveriam ser convalidados pelo decurso do tempo.

4.6. Princípio da natureza pública da proteção ambiental

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem de uso comum do povo, sendo a sua proteção de interesse geral e coletivo, de modo que cabe ao Estado assegurar “o equilíbrio harmonioso entre o homem e seu ambiente”⁶⁸, estabelecendo instrumentos aptos para este fim, o que justifica a adoção de todos os meios possíveis na garantia da higidez ambiental, ainda que contrarie interesse privados, pois

a natureza pública que qualifica o interesse na tutela do meio ambiente, bem de uso comum do povo, torna-o também indisponível. Não é dado, assim, ao Poder Público – menos ainda aos particulares – transigir em matéria ambiental, apelando para uma disponibilidade impossível.

É possível afirmar, então, que a natureza pública da proteção ambiental impõe ao Poder Público a garantia da integridade do meio ambiente, e que, sem sombra de dúvidas, a imprescritibilidade configura um importante recurso para tanto.

O presente princípio está intrinsecamente vinculado a outros princípios que a seguir serão estudados, como o princípio republicano, o da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, e outros que já foram analisados, como o do *in dubio pro natura*, porém, optou-se por fazê-lo para evidenciar a obrigação do Estado na preservação do meio ambiente, da qual não é possível ao Estado se esquivar.

4.7. Princípio republicano

A obrigação de reparar o dano ambiental de forma integral não decorre apenas dos princípios do poluidor-pagador e da reparação integral, antes deles é uma decorrência do princípio republicano.

A República é fundada na igualdade formal de todas as pessoas; tem como consequência a submissão de todos perante a lei e a responsabilidade de todos pelo ato ilícito; e, “politicamente, significa a prevalência do interesse da coletividade sobre os demais interesses e é nessa premissa que os temporários governantes devem exercer sua liderança ou magistratura (em termos mais antigos)”⁶⁹.

⁶⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 264-265.

⁶⁹ MEDEIROS, Fábio Mauro de. *República e seus efeitos na vida do cidadão*. In: *Cadernos de Finanças Públicas*. N. 13. Brasília: Esaf, 2013.

Há de se destacar, então, o que Canotilho, nos *Comentários à Constituição do Brasil*, ao tratar sobre os elementos estruturantes da república, aduz sobre o elemento ecológico:

10. Embora no texto da Constituição a República se afirme apenas como princípio politicamente constitutivo, parece legítimo acrescentar-se um outro elemento estruturante – o elemento ecológico. O princípio antrópico sedimenta ainda a base fundacional da República mediante o exposto conhecimento da dignidade da pessoa humana, mas a Constituição tem importantes sugestões textuais no sentido de uma República ecologicamente auto-sustentada. A dimensão ecológica obrigará ao repensamento da localização da pessoa humana na comunidade biótica, conjuntamente com outros direitos fundamentais dos seres vivos (dos animais, das plantas). Por outro lado, a irradiação ecológica da República justificará a expressa assumpção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras em termos de auto-sustentabilidade ambiental. A sustentabilidade passa a ser, assim, não apenas um momento ético da República (ética político-ambiental), mas também uma dimensão orientadora de comportamentos públicos e privados ambientalmente relevantes.⁷⁰

Adriano Sant’Ana Pedra, na mesma obra, ao comentar o artigo 1º da Constituição, realça a vocação da república “para o bem comum e não para a realização de interesses privados”⁷¹:

Mas vale dizer que o sentido de República não se restringe à sua manifestação concreta como forma de governo e não se pode perder o ideário republicano. Assim, há que se distinguir, a despeito de seus importantes pontos de contato, entre “a República como forma de governo e o republicanismo (ou princípio republicano), como conjunto de valores e princípios que norteiam a República em seus traços essenciais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 291). As principais características do Republicanismo são: negação de qualquer tipo de dominação; defesa e difusão das virtudes cívicas; estabelecimento de um Estado de Direito; construção de uma democracia participativa; incentivo ao autogoverno dos cidadãos; e implementação de políticas que diminuam as desigualdades sociais (AGRA, 2005). Os valores republicanos impõem uma atuação virtuosa dos cidadãos voltada para o bem comum e não para a realização de interesses privados. O sentido da palavra República mudou muito ao longo da história, mas continua presente a ideia de coisa pública (res publica), igualdade e ausência de privilégios (CÍCERO, 1995, p. 29). [...]

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Kindle Edition (Location 3722 of 140976)

⁷¹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Kindle Edition (Location 6117 of 140976)

Não se pode ignorar, ainda, que a república é uma forma representativa de governo, do que decorre a indisponibilidade dos bens públicos. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do artigo *República e seus efeitos na vida do cidadão*, do professor Fábio Mauro de Medeiros:

Chama-se a atenção para mais um fator que decorre da representatividade republicana que é a indisponibilidade dos bens públicos. Contrariamente ao que ocorre em monarquias, em que boa parte dos bens pertence à coroa, na República, os bens públicos pertencem à coletividade e não aos governantes. Logo, o agente público pode usar os bens para a promoção do interesse público, mas não pode apropriar-se dos bens, doá-los ou se desfazer-se deles, exceto com o permissivo legal. Tal premissa não vale só para o administrador na atividade executiva do Estado, mas também vale para o magistrado que venha a condenar o Poder Público no chamado reexame necessário, exceto quando o controle restar antieconômico.⁷²

Assim, considerando que a república tem a sustentabilidade como “dimensão orientadora de comportamentos públicos e privados ambientalmente relevantes”; que nela o interesse da coletividade deve prevalecer sobre interesses privados; que todos, iguais perante a lei, devem responder pelo ato ilícito a que der causa; e que o interesse público é indisponível, o que se concluiu é que a leitura mais adequada a ser feita do parágrafo quinto do artigo 37 da Constituição é aquela que traz a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário como solução.⁷³

4.8. Princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público (no ressarcimento ao erário)

A supremacia do interesse público sobre o privado, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, decorre do fato de que “as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo”⁷⁴.

⁷² MEDEIROS, Fábio Mauro de. *República e seus efeitos na vida do cidadão*. In: Cadernos de Finanças Públicas. N. 13. Brasília: Esaf, 2013.

⁷³ Vale a pena transcrever, com o objetivo reforçar a tese de que a imprescritibilidade de pretensão ao ressarcimento ao erário vai ao encontro dos objetivos da república, o seguinte trecho do voto exarado pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do RE 852.475, no qual se fixou a tese de que “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”: “O comando estabelece como um verdadeiro ideal republicano que a ninguém, ainda que pelo longo transcurso de lapso temporal, é autorizado ilicitamente causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarcir-lo”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 852.475, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 08-08-2018, DJ de 13-08-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>, consultado em: 1º de março de 2020)

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 92.

Atualmente esse princípio tem sido muito criticado por administrativistas, como Odete Medauar, que cita as seguintes razões para defender a obsolência do postulado:

a) Ante a Constituição Federal de 1988, que prioriza os direitos fundamentais, direitos estes essencialmente dos particulares, soa ilógico e incoerente à diretriz constitucional invocá-lo como princípio do direito administrativo.

b) Mostra-se pertinente à Constituição de 1988 e à doutrina administrativa contemporânea a ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação de interesses presentes em determinada situação, para que não ocorra sacrifício a priori de nenhum interesse; o objetivo desta função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios. Até os autores que se afeiram a este princípio reconhecem a necessidade de sua “reconstrução”, de sua adequação à dinâmica social, de sua adaptação visando à harmonização dos interesses.

c) O princípio da proporcionalidade também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado.

d) Tal “princípio” não vem indicado na maioria maciça das obras doutrinárias contemporâneas. Por exemplo: no direito estrangeiro, v. Jacqueline Morand-Deviller, *Cours de droit administratif*, 15. ed., 2017, p. 333-338; Sabino Cassese, *Il diritto amministrativo e suoi principi*, in Sabino Cassese (Org.), *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2004, p. 1-15; Elio Casetta, *Compendio di diritto amministrativo*, 11. ed., 2011, p. 18-35; João Caupers, *Introdução do direito administrativo*, 8. ed., 2005, p. 66-86; Juan Carlos Cassagne, *Curso de derecho administrativo*, 10. ed., p. 166-167, v. I; *no direito brasileiro*, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 16. ed., 2014, p. 81-118; Alexandre dos Santos Aragão, *Curso de direito administrativo*, 2012 (que usa o termo superado para tal “princípio”); Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 11. ed., 2015, p. 132-140 (que o menciona para refutá-lo como princípio do direito administrativo relacionado ao chamado “regime jurídico de direito administrativo”).⁷⁵

É válida a crítica, de fato, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado deve ser revisto. Não parece certa a ideia de que seria possível se determinar *a priori* qual interesse deve prevalecer, pois não há direito absoluto.

Porém, ainda parece ser adequada a manutenção do título deste tópico, com o esclarecimento de que o que se defende é que em caso de conflito entre o interesse da coletividade e um interesse particular, o bem-estar coletivo deve preponderar.

⁷⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 128.

Essa abordagem do princípio da supremacia do interesse público é o que Odete Medauar chama de “Princípio do atendimento do interesse público ou princípio da finalidade”. Veja-se:

Tal princípio é invocado em outros ramos do direito público. A expressão “interesse público” pode ser associada a “bem de toda a coletividade”, à percepção geral das exigências da vida na sociedade. Esse princípio vem apresentado tradicionalmente como o fundamento de vários institutos e normas do direito administrativo e, também, de prerrogativas e decisões. Por vezes, de modo errôneo, se invoca o atendimento do interesse público com o sentido de atendimento de interesse fazendário ou para justificar decisões arbitrárias.

Referido princípio direciona a atividade da Administração no sentido da realização do interesse da coletividade e não de interesses fazendários, das autoridades, dos partidos políticos. Assim, a finalidade da atuação da Administração situa-se no atendimento do interesse público e o desvirtuamento dessa finalidade suscita o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade (v. itens 8.3.6.1 e 8.10.5).⁷⁶

Tanto Medauar quanto Di Pietro falam em atendimento ao interesse da coletividade, sendo esta a ideia que importa para a presente pesquisa, independente da nomenclatura que se dê ao princípio.

É justamente a busca pelo bem-estar da coletividade que justifica imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em caso de ilícito ambiental, ante a prevalência do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sobre a segurança jurídica.

Nesse ponto, por ser elucidativo, vale transcrever o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, que, ao sopesar dois direitos fundamentais, deu precedência a preservação do meio ambiente (grifo nosso):

Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais. Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III). Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente. Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei. Supressão de vegetação em área de preservação permanente. Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto

⁷⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 127-128.

a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial. Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225). Colisão de direitos fundamentais. Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes. Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161). A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI). Decisão não referendada. Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. (ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1ª-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.)

Ao final deste artigo, resumidamente, o que se pretende é definir qual dos princípios deve prevalecer, se a segurança jurídica ou a supremacia do interesse público, interesse público este que, no presente caso, traduz-se na preservação do meio ambiente.

Estando em conflito a segurança jurídica, que tutela um interesse de natureza eminentemente privada, com a supremacia do interesse público, sobressai o interesse da coletividade na preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental difuso e coletivo, por meio da imprescritibilidade da ação de ressarcimento. Nesse sentido:

A imprescritibilidade da pretensão de reparação do dano ambiental fundamenta-se em dois argumentos principais. Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que o instituto da prescrição tutela um interesse privado consistente na proteção da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas, enquanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, de caráter coletivo, que se apresenta como pré-requisito para a efetivação de qualquer outro direito fundamental, gozando dos atributos da irrenunciabilidade, da inalienabilidade e da imprescritibilidade. No cotejo desses dois princípios em jogo, a proteção do bem ambiental, sem qualquer dúvida, deve prevalecer.⁷⁷

A ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao Estado em caso de danos ambientais, para os terceiros que causaram tais danos, ou seja, em face de quem se busca o ressarcimento, são, de fato, ações patrimoniais; para o Estado, por outro lado, ainda que o dano ambiental seja auferível patrimonialmente, não podem ser assim consideradas, tendo em vista que, além dos valores cobrados a título de ressarcimento se tratarem de recursos que serão revertidos em prol da sociedade, onde originalmente deveriam ter sido gastos não fosse o dano.

Segundo Édís Milaré:

⁷⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 210/211 (Kindle Edition).

É da jurisprudência que a regra é a prescrição e o seu afastamento reclama previsão legal. Nada obstante isso, o direito à reparação de danos ambientais está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal. No conflito entre estabelecer um prazo prescricional em favor do causador do dano ambiental – a fim de atribuir-lhe jurídica e estabilidade, com natureza eminentemente privada – e tutelar de forma mais benéfica bem jurídico coletivo, indisponível, fundamental, que antecede todos os demais direitos, este último deve prevalecer, por óbvio.⁷⁸

Há ainda de se destacar, como corolário da supremacia do interesse público, a sua indisponibilidade, e que a Constituição Federal “definiu que o meio ambiente ostenta a condição de ‘bem de uso comum do povo’, o que, de certa forma, fortalece e reafirma a ideia de indisponibilidade do direito ao meio ambiente”⁷⁹. O meio ambiente é um bem difuso de titularidade de coletiva, indisponível, portanto. Logo, sendo o meio ambiente um direito indisponível, não parece ser a prescrição um instituto com ele compatível.⁸⁰

4.9. Princípio da solidariedade

Desde logo vale esclarecer que não se aborda aqui a solidariedade sob a perspectiva diacrônica⁸¹, pois esta já foi tratada no tópico *Princípio da responsabilidade*

⁷⁸ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 691.

⁷⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa (2019-02-20). *Direito ambiental* (Kindle Locations 2237-2239). Atlas. Kindle Edition.

⁸⁰ Nesse mesmo sentido, concluindo pela imprescritibilidade da reparação em razão da indisponibilidade do bem, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (grifo nosso): *AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCUPAÇÃO E EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE-APP. CASAS DE VERANEIO. MARGENS DO RIO IVINHEMA/MS. SUPRESSÃO DE MATA CILIAR. DESCABIMENTO. ART. 8º DA LEI 12.651/2012. NÃO ENQUADRAMENTO. DIREITO ADQUIRIDO AO POLUIDOR. FATO CONSUMADO. DESCABIMENTO. DESAPROPRIAÇÃO NÃO CONFIGURADA. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DANO AMBIENTAL E NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. 1. Descabida a supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente - APP que não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 8º do Código Florestal (utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental). 2. Conquanto não se possa conferir ao direito fundamental do meio ambiente equilibrado a característica de direito absoluto, certo é que ele se insere entre os direitos indisponíveis, devendo-se acentuar a imprescritibilidade de sua reparação, e a sua inalienabilidade, já que se trata de bem de uso comum do povo (art. 225, caput, da CF/1988). 3. Em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes do STJ e STF. 4. A proteção legal às áreas de preservação permanente não importa em vedação absoluta ao direito de propriedade e, por consequência, não resulta em hipótese de desapropriação, mas configura mera limitação administrativa. Precedente do STJ. [...] (REsp 1.394.025, Min. rel. Eliana Calmon, j. 18/10/2013)*

⁸¹ Segundo Édis Milaré, há dois tipos de solidariedade, sincrônica e diacrônica. A sincrônica se refere às relações de cooperação na sociedade contemporânea, entre as gerações presentes; a diacrônica, por sua vez, trata da solidariedade intergeracional, “traduz os vínculos de solidários entre as gerações presentes com as futuras”. (MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 263)

(em face das presentes e das futuras gerações) e da equidade intergeracional, por ser mais específico, mas da solidariedade entre as gerações presentes (sincrônica).

O princípio da solidariedade informa que devemos nos ajudar uns aos outros, mutuamente, na construção de uma sociedade livre justa e solidária. Trata-se de um princípio geral do ordenamento jurídico, “dotado de força normativa e capaz de tutelar o devido respeito a cada um”⁸², que pode ser extraído dos artigos 3º, I e III⁸³, e 225, *caput*⁸⁴, da Constituição Federal.

Tal princípio já foi afirmado na esfera ambiental pelo Supremo Tribunal Federal que, destacando a titularidade coletiva do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, aduziu que “os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”⁸⁵.

Ingo Sarlet, discorrendo sobre o princípio da solidariedade na perspectiva ecológica, aponta a “a necessidade de se assegurar um redistribuição justa e equânime do acesso aos recursos naturais, pena de incidir-se em prática discriminatória, o que se acentua, de forma significativa em vista da feição socioambiental que caracteriza alguns aspectos da crise ecológica”.

Como já dito, o dano ambiental, por ser transindividual, tem o potencial de impactar toda sociedade. No entanto, apesar de toda a sociedade estar sujeita aos efeitos deletérios do dano ambiental, estes não impactam na mesma proporção a todas as classes. A crise ambiental, acentua, assim, a desigualdade social. Isso porque, enquanto os recursos naturais são explorados, muitas vezes em contrariedade à legislação ambiental, pelos mais afortunados, são os mais vulneráveis que sofrem de forma mais intensa os seus efeitos, pois, em linhas gerais, a eles é mais difícil se refugiar de eventos como inundações, falta de água e calor intenso, por exemplo.

A injustiça socioambiental fica ainda mais evidente se considerado o dispêndio ao erário ocasionados pelos danos ambientais⁸⁶. O Estado, diante da ocorrência ou

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91.

⁸³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

⁸⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, DJ de 17-11-1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>, consultado em 1º de março de 2020.

⁸⁶ MELO, Melissa Ely. *Crise Ambiental, Economia e Entropia*. In: *A ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias*. LEITE, José Rubens Morato [coord.]. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

eminência de um dano ambiental, deve agir para imediatamente para minorar as suas consequências, todavia, utiliza, para tanto, recursos que poderiam ter sido investidos na efetivação de políticas públicas. Ou seja, além de afetados com maior intensidade pelos efeitos da degradação ambiental, os mais vulneráveis são, também, os mais prejudicados na medida em que os valores utilizados pelos entes públicos para a reparação de danos causados por terceiros deixam de ser aplicados em ações que poderiam lhe propiciar melhor qualidade de vida, como investimentos em saúde e educação.

Logo, a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em caso de dano ambiental atuaria para reduzir a desigualdade social por ele acentuada, indo ao encontro do princípio da solidariedade, que impõe a cada um de nós a obrigação de nos ajudarmos uns aos outros na construção de uma sociedade livre e solidária, na medida em que possibilita a utilização dos valores cobrados na efetivação de políticas públicas.

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve por objetivo diferenciar o dano decorrente do ilícito ambiental do prejuízo decorrente de mero ilícito civil, traçando as suas peculiaridades com o intuito de averiguar se a este tipo de dano deve se estender a regra insculpida no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal. Para tanto, adotou-se, ao longo de todo trabalho, a sustentabilidade como vetor para a interpretação do referido dispositivo, o que levou a conclusão de que a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em caso de danos decorrentes de ilícito ambiental, dada a essencialidade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é, sim, a solução mais apropriada para a questão.

Essa concepção nada tem de inovadora, ou pelo menos como inovação não deveria ser soar, tendo em vista que a Constituição da República de 1988, chamada de “Constituição Verde” pelos mais importantes juristas da área, trouxe regras de proteção ambiental que se espriam por todo o seu texto. Assim, acaso se entenda que a Carta Fundamental foi omissa ao deixar de expressamente afirmar a imprescritibilidade em caso de dano ambiental, basta, para a solução dessa aparente lacuna, que se adote a proteção ao meio ambiente como fundamento de interpretação da ressalva constante do parágrafo quinto do artigo 37 da Constituição.

A solução da controvérsia se dá, portanto, utilizando princípios como vetores de interpretação de comando já expressamente previsto na Constituição (art. 37, §5º, CF), na função hermenêutica que estes desempenham, auxiliando o intérprete na harmonização do sistema de proteção ao meio ambiente.

Portanto, por ser o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um valor fundamental indisponível de titularidade coletiva, a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em caso de dano ambiental é a solução que mais bem atende aos anseios dessa sociedade tão desigual, atuando para minorar os seus

efeitos ao possibilitar que os valores cobrados possam ser investidos na efetivação de políticas públicas, bem como por configurar um dos mais importantes instrumento de proteção ao meio ambiente, pois, como se sabe, ao final, a repercussão financeira é o que mais importa aos infratores.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. Kindle Edition

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.); [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Kindle Edition

CAVEDON-CAPEDEVILLE, Fernanda [et al.]; LEITE, José Rubens Morato [coord.]. **A ecologização do Direito Ambiental vigente: rupturas necessárias**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DAMACENA, Fernanda D. L. **Justiça Climática compensatória no antropoceno: o que é isso?** Artigo publicado no Jota em 11 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/justica-climatica-compensatoria-no-antropoceno-o-que-e-isso-11112019> . Acesso em: 1ª de março de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018

MEDEIROS, Fábio Mauro de. **República e seus efeitos na vida do cidadão**. In: CADERNOS DE FINANÇAS PÚBLICAS. N. 13. Brasília: Esaf, 2013.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MORAES, Alexandre; [et al.]. **Constituição Federal Comentada**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Guilherme Peña de; [et al.]. **30 anos da Constituição Federal e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Princípio do *in dubio pro natura* ganha força no Superior Tribunal de Justiça (Autor desconhecido) Revista Consultor Jurídico, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-12/in-dubio-pro-natura-ganha-forca-superior-tribunal-justica> . Artigo publicado em: 12 de maio de 2019. Acesso em: 1º de março de 2020.

RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine A. **Prescrição e Decadência**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Um ano após tragédia da Vale, dor e luta por justiça unem famílias de 259 mortos e 11 desaparecidos. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/01/25/um-ano-apos-tragedia-da-vale-dor-e-luta-por-justica-unem-familias-de-259-mortos-e-11-desaparecidos.ghtml> . Acesso em: 1º de março de 2020.

VILLAC, Teresa. **Licitações sustentáveis no Brasil: um breve ensaio sobre ética ambiental e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS E A EDUCAÇÃO TRIBUTÁRIA

The fundamental duty to pay taxes and tax education

Márcia Amaral Freitas¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Para que serve o tributo? 2. República. 3. Por que a tributação? 4. Estado de bem-estar social. 5. Solidariedade. 6. Qual o papel do Estado no século XXI? 7. A crítica ao Estado bem-estar social e ao estado fiscal brasileiro. 8. A educação para cidadania. 9. Conclusão. Referências.

RESUMO

O Estado de bem-estar social concebido pela Constituição Federal de 1988 está sendo atacado. O presente trabalho analisa o discurso hegemônico neoliberal responsável por criar uma oposição entre Estado e indivíduo e que, para atender interesses do chamado Mercado, potencializa a narrativa do Estado mínimo e da demonização dos impostos, fenômenos que enfraquecem as bases de sustentação do Estado Fiscal. Dado que o Estado necessita dos impostos para reduzir as desigualdades sociais produzidas pelo regime econômico, este estudo joga luz à importância da tributação fundamentada no princípio da solidariedade, pilar da formação do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Neoliberalismo. Tributação. Solidariedade. Individualismo. Valores Democráticos.

ABSTRACT

The welfare state conceived by the 1988 Federal Constitution is being wholesale. The present work analyzes the neoliberal hegemonic discourse responsible for creating an opposition between State and individual and that, to serve interests of the so-called Market, enhances the narrative of the minimal state and the demonization of taxes, phenomena that weaken the fiscal state's support bases. This is because the State needs the taxes to reduce the social inequalities produced by the economic regime, this study sheds light on the importance of taxation based on the principle of solidarity, a pillar of formation of the Democratic Rule of Law.

Keywords: Neoliberalism. Taxation. Solidarity. Individualism. Democratic Values.

“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o patrão e o servo, o que escraviza é a liberdade, o que alforria é a lei”.

(LACORDAIRE, H. D., 1996, apud TODOROV, Tzvetan, 2012)

“Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara.”

(SARAMAGO, José, 1995, p.2)v

¹ Advogada da União, lotada no Departamento de Controle Difuso da Secretaria-Geral de Contencioso, onde atua perante o Supremo Tribunal Federal. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

INTRODUÇÃO

“A gente está sendo atacado” - frase dita pelo personagem Lunga no longa-metragem brasileiro *Bacurau*² - é uma síntese da situação vivida pelo Brasil nos últimos cinco anos, onde os princípios e valores que dão sustento ao Estado Democrático de Direito estão sendo corrompidos ou subvertidos pela força econômica do mercado financeiro, representada pelo neoliberalismo. *Bacurau* retrata uma pequena cidade homônima perdida no agreste nordestino, em um futuro distópico, onde a população vive em completo abandono pelo Poder Público e aguarda o prometido fornecimento de água. O prefeito visita a comunidade somente na época das eleições e fornece livros malconservados, remédios e comida vencidos para tentar uma reaproximação com os eleitores. Diante de vários acontecimentos estranhos, incluindo o assassinato de moradores, a população de *Bacurau* decide procurar a ajuda do fora da lei Lunga, que vive isolado. Ao chegar à cidade, o personagem logo percebe que a comunidade está sendo atacada por forasteiros com o objetivo de minar resistências aos interesses escusos do prefeito. Então, os moradores unem-se e resgatam seus valores históricos de luta e resistência, e juntos elaboram um plano de defesa que culmina na eliminação de seus agressores - inclusive do prefeito.

O primeiro artigo da Carta Magna de 1988³ enuncia que o Brasil é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político. No entanto, as regras do chamado Mercado estão promovendo a mudança das leis dos Estados Nacionais e tudo o que representa o interesse público e o bem-estar da sociedade. Os conceitos de República, bem comum e Direitos Fundamentais passam por uma espécie de reconfiguração para atender a um único segmento econômico situado no ponto mais alto da pirâmide social.

Em setembro de 2019, a Lei nº 13.874 foi publicada⁴ e passou a regulamentar a segunda parte do inciso III do supracitado artigo 1º, trecho que trata da livre iniciativa. Na exposição de motivos do projeto de lei, afirma-se que “em termos não-científicos, é a extensão da conquista humana do Estado de Direito e dos direitos humanos clássicos e todas as suas implicações, em oposição ao absolutismo, aplicada às relações econômicas”⁵. Ainda, de acordo com a mesma mensagem, “o objetivo desta Medida Provisória diferencia-se das tentativas do passado por

² BACURAU. Juliano Dornelles e Kleber Mendonça Filho. Brasil/França: 2019.

³ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴ Id., 2019.

⁵ Id., Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Seção 2.

inverter o instrumento de ação, ao empoderar o Particular e expandir sua proteção contra a intervenção estatal [...]”⁶.

É notório que a justificativa apresentada para a aprovação dessa lei pretende subverter o eixo central dos valores do Estado brasileiro, trasmutando-se o foco do interesse coletivo e público para o interesse particular, protegendo o indivíduo da suposta ameaça representada pelo poder estatal. A centralidade dada à liberdade econômica dentro do que se conceitua como a República Federativa do Brasil representa, sem dúvida, a progressiva substituição de valores caros à formação da cidadania e o sentimento de Nação baseado em valores solidários e comunitários, que serviram para a construção de diversos institutos desta República.

Gomes Canotilho⁷ argumenta que a República, no sentido romano, era o reino da virtude e só funcionaria se os cidadãos cumprissem uma série de deveres, tais como servir à pátria, votar, ser solidário e aprender. Dessa forma, assevera-se que a teoria da cidadania republicana implica o indivíduo não apenas como detentor de direitos, mas também de deveres. Além disso, a ideia de República é a mais consentânea com a teoria da soberania popular. Fábio Medeiros lembra que a República não nasce perfeita e não se dá estritamente focada no interesse público, destacando que “o sistema vai amadurecendo e espalhando-se pelos diversos aspectos da vida social”⁸, e completa:

o cidadão da República é aquele que entende porque existe o Estado e sabe separar o seu interesse pessoal do interesse público. Se consegue discernir, em regra, os interesses, sabe também que o exercício da tarefa pública é um exercício da virtude ou da abnegação, ou seja, de prevalência do interesse público e não do privado.⁹

Na República, o Estado não representa risco para os indivíduos pois se configura como um garantidor das liberdades individuais, da dignidade social e da igualdade de todos. Dessa forma, parece um equívoco justificar a criação da lei de liberdade econômica como um empoderamento do Particular. Nota-se que a expressão *particular* foi gravada na mensagem com a primeira letra em maiúsculo a representar que o interesse particular assumia importância capital nessa fase econômica.

O “Particular”, o indivíduo empreendedor e a liberdade econômica são todos conceitos que trazem em si uma visão neoliberal da sociedade. Como afirmou Margaret Thatcher¹⁰, Primeira Ministra da Grã-Bretanha (1984-1990) que capitaneou

⁶ BRASIL. Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Seção 8.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

⁸ MEDEIROS, Fabio Mauro. **Caderno de Finanças Públicas**. Brasília, 2013, p. 253.

⁹ *Ibid.*, p. 254.

¹⁰ THATCHER, Margaret. **The Downing Street years**. Nova Iorque: Ed. Harper Collins, 1993. Tradução nossa.

a reforma neoliberal na economia britânica, a sociedade não existe; o que existe são indivíduos. As lições deixadas pela chamada “Dama de Ferro” são reverberadas pelo Instituto Mises Brasil, organização divulgadora do neoliberalismo:

O ser humano nasce em um ambiente socialmente organizado. Somente nesse sentido é que podemos aceitar quando se diz que a sociedade — lógica e historicamente — antecede o indivíduo. Com qualquer outro significado, este dito torna-se sem sentido ou absurdo. O indivíduo vive e age em sociedade. Mas a sociedade não é mais do que essa combinação de esforços individuais.

A sociedade em si não existe, a não ser por meio das ações dos indivíduos. É uma ilusão imaginá-la fora do âmbito das ações individuais. Falar de uma existência autônoma e independente da sociedade, de sua vida, sua alma e suas ações, é uma metáfora que pode facilmente conduzir a erros grosseiros.¹¹

O Neoliberalismo como forma de governo ganhou destaque no Consenso de Washington realizado em 1989. Thatcher e o presidente dos Estados Unidos, Ronald Reagan, propuseram o Neoliberalismo para todos os países. Dentre as medidas defendidas estavam a redução do Estado com a transferência de todos os investimentos nas áreas sociais para as empresas. De acordo com essa teoria, seria fundamental movimentar a economia para gerar melhores empregos e melhores salários. Tal recomendação era especialmente dedicada aos países pobres, os quais deveriam reduzir gastos públicos, diminuir os impostos sobretudo para os ricos, promover a abertura econômica para importações, liberar o ingresso de capital estrangeiro e promover programas de privatização e desregulamentação da economia.

A austeridade na gestão do Estado, exigida pelo regime neoliberal, torna-se um valor supremo em substituição à política, enquanto o Trabalho perde força e respeito. As estratégias de comunicação são de suma importância para convencer a sociedade dos bons propósitos do regime e a construção de uma nova gramática, essa distanciada do campo político e com significados abstratos que visam afastar o indivíduo de qualquer contato com a realidade. Nesse caso, a Constituição e as leis elaboradas pelos representantes dos cidadãos eleitos democraticamente, e que deveriam proteger e impedir abusos, passam a ser inimigas do desenvolvimento econômico dado que criam obstáculos à livre iniciativa.

Nesse contexto é que surgem as leis de controle e responsabilidade fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e as emendas à Constituição para limitação dos gastos públicos (EC nº 95), sem qualquer relação com as repercussões que tais medidas possam representar para a vida de milhares de pessoas que dependem da proteção e cuidado do Estado. Júlio Santiago, ao citar Platão, destaca que a desconsideração do sofrimento alheio afeta toda a comunidade: “as pessoas podem viver a mesma experiência, mas as consequências do convívio podem ser outras. Os valores que uma

¹¹ MISES, Ludwig von. O que realmente é a “sociedade”. **Mises Brasil**, ____: 16 dez. 2013. Parágrafos 2-3.

comunidade transmite são importantes para o agir comunitário¹². E complementa: “não é possível viver em comunidade com princípios individualistas”¹³.

O Estado idealizado na Carta Magna de 1988 é um Estado social regido pelo princípio da solidariedade, o que significa dizer que os cidadãos devem submeter suas condutas em benefício da coletividade. Todavia, sem a existência de uma educação baseada nos princípios que deram corpo à Constituição, não se faz possível o contraponto ao discurso neoliberalista no qual não existe sociedade, somente indivíduos com liberdade plena para empreender.

O objetivo desta dissertação é desenvolver a ideia de que o Estado, enquanto representante dos valores constitucionais da República, não pode ficar inerte ao ataque perpetrado pelas instituições neoliberais. É necessário reconhecer que os ideais individualistas difundidos por essa narrativa econômica corrompem e subvertem valores caros à vida em sociedade, além de atenderem somente uma parcela ínfima da população. É necessário reconhecer com a agudeza do olhar de Lunga que *a gente está sendo atacado*, e promover uma reação para resgatar os valores e ideais democráticos, sendo a educação um meio para recolocar o bem comum e a justiça social na centralidade do espaço público e da política.

1. PARA QUE SERVE O TRIBUTO?

O art. 3º do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 1966, define *tributo* como toda a prestação pecuniária, não originária de sanção por ato ilícito, criada por lei e cobrada mediante uma atividade administrativa: “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”¹⁴

Em relação às espécies de tributos, o Código Tributário Nacional (CTN) define em seu art. 5º que os tributos são classificados como impostos, taxas e contribuições de melhoria. Os impostos, em especial, não têm como fato gerador nenhuma atividade específica do ente estatal, ou seja, os impostos não representam uma contraprestação de alguma atividade ou serviços usufruídos pelo cidadão. Ricardo Alexandre afirma que “os impostos são, por definição, tributos não vinculados que incidem sobre manifestações de riqueza do sujeito passivo (devedor). Justamente por isso, o imposto se sustenta sobre a ideia da solidariedade social.”¹⁵

¹² SANTIAGO, Júlio Cesar. **Solidariedade: Como Legitimar a Tributação?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p.7.

¹³ *Ibid.*, p.7.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Art. 3º.

¹⁵ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017, 11ª edição, p. 55.

A falta de contrapartida aparente é um dos motivos para que os impostos sejam os tributos que mais provocam controvérsias. Os tributos transformaram-se em verdadeiros vilões dos direitos individuais, do direito de empreender e do direito de propriedade. Não há discordância em relação à demonização do tributo: o discurso *mainstream* dissemina que aquele é uma violência contra o cidadão e a livre iniciativa; cidadãos das mais diversas camadas da sociedade, independentemente do nível de sujeição que guardam com o Estado, são uníssonos em dizer que os tributos representam um roubo, uma violação aos direitos individuais e de propriedade. O cidadão pós-moderno é frontalmente contrário aos tributos. Mas como chegamos aqui, no século XXI, com tanto ódio a eles? Alessandro Mendes Cardoso afirma que:

[com] o advento do Liberalismo, a tributação foi alçada ao primeiro plano, como meio efetivo de obtenção de recursos para o Estado. Diversos teóricos da escola liberal clássica apresentaram soluções para o problema tributário. Como não poderia deixar de ser, o enfoque dado à tributação esteve conjugado com a concepção de Estado do Liberalismo.¹⁶

O tributo ganhou relevo após as revoluções burguesas que deram ensejo à criação do Estado de Direito e o seu surgimento sempre esteve vinculado ao mundo moderno. Cardoso ainda destaca na mesma obra que, em seus primórdios, o tributo esteve vinculado à religião e à tradição antes de atingir o status de elemento fundamental da cidadania. A tributação deixa de ser considerada um contributo a Deus ou a seus “substitutos na Terra”, reis e príncipes, para alcançar o seu caráter de instrumento de consecução dos fins atribuídos ao Estado moderno.

No liberalismo clássico concebido por Adam Smith, o Estado deveria permanecer afastado da sociedade, sendo que o imposto deveria apenas custear as despesas relacionadas à defesa, à justiça e aos serviços públicos não suscetíveis ao lucro. Nessa concepção, as tarefas afetas ao Estado poderiam estar circunscritas apenas às atividades políticas e jamais ter alguma ingerência nas atividades econômicas. É certo que o liberalismo em seus primórdios trouxe avanços nas questões que envolvem liberdade e cidadania; todavia, logo verificou-se que as contradições internas do regime foram capazes de produzir miséria e exploração dos trabalhadores que não possuíam as mínimas condições de vida.

O economista francês Thomás Piketty, autor de *O Capital no Século XXI* (obra que causou grande impacto entre os defensores do liberalismo), destacou em palestra realizada na cidade de São Paulo¹⁷ que a tributação nunca teve grande desenvolvimento das discussões nas sociedades capitalistas. A tributação do patrimônio dos ricos só foi

¹⁶ CARDOSO, Alessandro Mendes. **O Dever Fundamental de Recolher Tributos no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Edição do Kindle. Posição 1733.

¹⁷ Informações obtidas no ciclo de palestras Fronteiras do Pensamento, em São Paulo, no período de maio a dezembro de 2017.

possível com a iminência da Primeira Guerra Mundial, conflito armado que atingiu a Europa no período de 1914 a 1918, em que os Estados envolvidos não tinham recursos financeiros para enfrentar a formação de exércitos. Tal cenário praticamente obrigou a burguesia a financiar a guerra com o pagamento de impostos e contribuições. Ainda de acordo com Piketty, a necessidade de enfrentar o conflito fez com que os ricos aceitassem a tributação e, posteriormente, diante dos efeitos da guerra, do início do novo conflito mundial e da necessidade de reconstrução dos países atingidos, não havia mais a possibilidade de suspender contribuições fiscais obrigatórias.¹⁸

Em suma, a Europa destruída após duas guerras mundiais e a necessidade de recuperação dos Estados com a reconstrução e criação dos estados sociais determinaram a manutenção da tributação. Dessa forma, até a década de setenta do século passado, o tributo teve um papel relevante na recuperação da economia pós-guerra e na formação do chamado Estado de Bem-Estar Social, indicando como a tributação está intrinsecamente ligada à história das sociedades modernas. Nas palavras de Alexandre Cardoso:

Existe uma profunda relação entre a concepção política vigente em cada momento histórico e a forma de tributação, não só com relação à sua estrutura jurídica e procedimental, mas também quanto à forma pela qual os destinatários do dever de tributação o encaram, o absorvem e o cumprem. Inegável que existe um vínculo ético-político entre os que contribuem e o Estado. Todavia, esse vínculo é construído em cada momento histórico e determinado pelas características de cada qual. A forma como se dá, por exemplo, a tributação no Estado Patrimonial é bem diversa daquela do Estado Liberal do século XIX, por exemplo.¹⁹

De fato, a tributação pressupõe um vínculo de confiança entre o Estado e o cidadão. Nesse sentido, para garantir o direito à liberdade individual é necessário formar o corpo coletivo: “para que nenhum indivíduo seja submisso a outro, é preciso que cada um possa invocar um sujeito coletivo a quem ele terá declarado fidelidade e do qual só a vontade tem força de lei.”²⁰ O indivíduo submete-se ao Estado porque acredita que este poderá lhe proporcionar segurança e proteção, inclusive em relação ao seu direito de propriedade. Dessa forma, o mesmo Estado que promove proteção necessita do contributo para que possa continuar a garantir a integralidade física e

¹⁸ PIKETTY, Thomas. **O Capital No Século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. Edição do Kindle.

Nesse sentido, Piketty complementa: “[...] em grande medida, a redução da desigualdade ao longo do século passado é o produto caótico das guerras e dos choques econômicos e políticos por elas provocados, e não o resultado de uma evolução gradual, consensual e branda. No século XX, foram as guerras que fizeram do passado tábula rasa, e não a suave racionalidade democrática e econômica.” (Ibid., posição 5319-5320).

¹⁹ CARDOSO, Alessandro Mendes **O Dever Fundamental de Recolher Tributos no Estado Democrático de Direito**, posição 1037.

²⁰ DUFOUR, Dany-Robert. **O Divino Mercado: a revolução cultural liberal**. Tradução Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008, p.133.

patrimonial do indivíduo. Nesse sentido é que se forma a ideia de República, visto que o Estado não pode ser visto como um risco aos interesses dos indivíduos, mas, antes de tudo, como um verdadeiro garantidor das liberdades individuais.

2. REPÚBLICA

Em tempos de neoliberalismo, em que se discute o empoderamento do “Particular” (como expressamente indicado na justificativa ao novo Estatuto da Liberdade Econômica, Lei nº 13.874/2019), é necessário resgatar o significado de República, dado que este é o tipo de governo adotado pela Constituição Federal de 1988.

Fábio Medeiros²¹ alerta que a análise do princípio republicano é importante para o exercício da cidadania, para o reconhecimento da organização do Estado e para a educação fiscal. Não existe um único tipo de República, sendo que no Brasil o modelo adotado é comum às repúblicas ocidentais que têm como características a temporariedade do mandato, a eletividade e a responsabilidade do mandatário. Nesse tipo de governo, os poderes são conferidos a uma coletividade de pessoas ou de representantes jurídicos eleitos para exercer o poder de mando sobre e em nome de todos.

Roque Carrazza conceitua a República como “um tipo de governo, fundado na igualdade formal das pessoas, em que os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade.”²² O caráter eletivo decorre da previsão de sufrágio universal. O mandatário deverá ser indicado pelos cidadãos através do voto, sendo que todos os cidadãos podem votar e participar da eleição como candidatos respeitando as ressalvas previstas em legislação própria, como por exemplo, a condição de condenado em decisão definitiva - com trânsito em julgado (Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990). A representação na República também deverá se dar por meio de mandatos transitórios, ou seja, a transferência do poder dado pelo povo ao governante está sujeita a um prazo certo e delimitado. Ainda de acordo com Carrazza, a transitoriedade dos mandatos permite ao povo que julgue periodicamente seus mandatários e acrescenta “que a prorrogação de mandatos briga com o princípio republicano porquanto investe contra a temporariedade das funções eletivas.”²³

A imputação de responsabilidade pelas decisões políticas também é uma característica da República. No caso do Brasil, há previsão de cassação do mandato por meio do processo de *impeachment* previsto no art. 86 da Constituição Federal de 1988.

Medeiros destaca que a participação direta do cidadão não foi excluída da República no que tange a tomada de decisões:

²¹ MEDEIROS, Fabio Mauro. *Caderno de Finanças Públicas*, p. 250.

²² CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 58.

²³ *Ibid.*, p.72.

O fato da maior parte das decisões importantes e cotidianas serem tomadas por representantes, não exclui a participação direta do cidadão. Ao contrário, a própria Constituição prevê a decisão direta do povo em plebiscito e referendo, além da proposição de leis por iniciativa popular.

As definições sobre a participação popular de forma mais direta estão na Lei nº 9.709/1998:

‘Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição [...].’

Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.’

O fato da possibilidade de consulta direta aos cidadãos não prejudica e não elimina a predominância da expressão da vontade da cidadania por representantes.²⁴

Isto posto, o poder político na República está na mão de todos e nenhum indivíduo em particular tem poder. O corpo coletivo deverá formar a força coativa e entregá-la na mão do mandatário que a exercerá não em nome próprio, mas sim em nome deste coletivo. A igualdade formal é o elemento central da República e não existem distinções de qualquer espécie, todos são cidadãos podem postular sua participação política. O poder político será sempre exercido em nome de todos com mandato temporário do representante.

A isonomia faz-se um princípio fundamental que decorre do próprio princípio republicano. O tratamento igualitário de todos os cidadãos é um direito subjetivo assente no direito constitucional moderno. Geraldo Ataliba destaca que o Estado tem por finalidade a edição de leis e sua aplicação. Nesse sentido, a questão jurídica que se coloca com a observância da isonomia é de que todas as leis devem reservar tratamento igualitário aos cidadãos, desde o momento de sua criação até as suas consequências quando da aplicação ao plano concreto.²⁵ Dessa forma, o princípio da isonomia tem íntima relação com o princípio da legalidade. A lei se constitui como um instrumento de isonomia:

²⁴ MEDEIROS, Fabio Mauro. **Caderno de Finanças Públicas**, p. 265.

²⁵ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2004, pág. 158.

A captação do conteúdo jurídico da isonomia exige do intérprete adequada consideração sistemática de inúmeros outros princípios constitucionais, especialmente a legalidade, critério primeiro, lógica e cronologicamente, de toda e qualquer ação estatal.²⁶

No caso dos tributos, Carrazza²⁷ destaca que o princípio republicano leva à igualdade da tributação, visto que os contribuintes devem receber o mesmo tratamento isonômico. A aplicação da lei tributária sempre deverá atender o princípio republicano sob pena de grave violação constitucional. Nesse caso, a expressão da igualdade encontra-se inserida no princípio da capacidade contributiva que informa a tributação e representa “um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a almejada Justiça Fiscal.”²⁸

Importa destacar que a arrecadação de dinheiro pela tributação por parte do Estado só se justifica pela destinação pública a ser dada a esses recursos. Dessa forma, a tributação só é legitimada em função dos interesses superiores do Estado.

3. POR QUE A TRIBUTAÇÃO?

A tributação envolve dois valores fundamentais para o cidadão da República: a liberdade e o patrimônio. Por se tratar de valores tão caros aos indivíduos em geral, o poder de tributar representa um permanente foco de tensão entre os Estados e seus cidadãos. Ao submeter-se ao poder coletivo representado pelo poder político para que possa receber a proteção do Estado, o indivíduo deverá cumprir os deveres de cidadão como um ônus da vida em sociedade, mas em contrapartida usufruirá da proteção da sua liberdade e de seu patrimônio. Nas palavras de Pierre Beltrame citado por Alberto Nogueira na obra *A Reconstrução dos Direitos Humanos na Tributação*, “[...] toda a sociedade tende a definir um sistema de valores de objetivos e de imperativos que caracterizam o seu ideal político [...]”²⁹ e complementa:

Porém, mais ainda que as teorias racionalistas, a formulação ética da obrigação fiscal, a noção de imposto, imperativo categórico da vida em sociedade, pode representar um papel de primeiro plano no consentimento do contribuinte. Além de a noção de dever fiscal corresponder a uma realidade objetiva, a uma exigência social evidente, seu caráter afetivo pode levar mais facilmente à adesão que as tentativas de justificação lógica, porque os laços que unem o indivíduo à sociedade têm caráter mais moral que racional.³⁰

²⁶ Ibid., p. 159.

²⁷ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*.

²⁸ Ibid., p. 87.

²⁹ BELTRAME, Pierre, _____ apud NOGUEIRA, Alberto, 1997, p.146.

³⁰ MEHL, Lucien; BELTRAME, Pierre, 1984 apud NOGUEIRA, Alberto, 1997, p.146.

Dessa maneira, é possível inferir que a força cogente da tributação tem uma forma anterior, de natureza moral, que sustenta o Contrato Social mencionado por Thomas Hobbes³¹, de proteção e solidariedade entre os cidadãos da República. Neste caso, a obediência à norma tributária decorre mais dos fatores morais e psicológicos do que propriamente como medida para evitar a aplicação de uma sanção.

Como já mencionado, após o final da Segunda Guerra Mundial, a necessidade de reconstrução das Nações atingidas pelo conflito e a recuperação dos direitos humanos tão negligenciados resultou na elaboração de novas concepções de Estado e de sociedade. Nota-se também que a crise do capitalismo liberal que culminou na quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 também determinou a implementação de medidas de intervenção estatal na economia como forma de retomar o crescimento econômico. Assim, o Estado Social desenvolveu-se em diversos países e de diversas formas na busca pela universalização do acesso a seguros sociais, de acidentes e de saúde. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 (CF) constituiu um verdadeiro sistema de proteção social que teve como elemento fundamental o conceito de solidariedade. Nesse sentido, consta dos artigos 194 e 195 da CF:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; (Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos emprega-

³¹ “Portanto, para que as palavras “justo” e “injusto” possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento de seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto, e capaz de fortalecer aquela propriedade que os homens adquirem por contrato mútuo, como recompensa do direito universal a que renunciaram.” (HOBBS, Thomas, 1983, cap. XV, p.____).

dores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

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

A fundação de um Estado Social necessita de recursos financeiros que devem ser arrecadados de toda a sociedade por meio da tributação. Não é possível a criação de direitos sociais sem que exista a contrapartida do financiamento deles. Holmes e Sustain destacam na obra *O Custo dos Direitos* que mesmo no individualismo liberal, que se opõe às contribuições obrigatórias para a manutenção do Estado, pressupõe-se uma sociedade organizada que demanda recursos para garantir a proteção das liberdades:

Dizer que a imposição dos direitos pressupõe a distribuição estratégica de recursos públicos equivale, acima de tudo, a lembrar de como as partes se encaixam no todo, como o individualismo liberal – na medida em que se opõe à anarquia irrefreável do estado de natureza – pressupõe uma sociedade organizada. A liberdade individual é constituída e promovida por contribuições coletivas. Dentre essas contribuições, o custo dos direitos é apenas a mais fácil de documentar. A atenção à questão do custo, portanto, nos obriga a repensar e abrandar a oposição entre indivíduos e sociedade, muito conhecida, mas também muito exagerada.³²

De fato, não são somente os direitos sociais tão combatidos pelas teorias liberais que necessitam de recursos provenientes da tributação. A aplicação dos direitos que garantem as liberdades individuais, garantindo a segurança e o patrimônio privados também demandam recursos públicos. O pleno exercício dos direitos individuais em uma sociedade organizada, como manter o direito à privacidade, à segurança e à propriedade privada demandam recursos arrecadados de todos.

Holmes e Sustain lembram que o exercício do direito de propriedade também passa pela organização do Estado, com a demarcação e registro da propriedade imobiliária em um Notário, sistema de justiça para garantir que o proprietário possa opor seu direito de propriedade a terceiros e ainda um sistema de segurança pública para garantir que o indivíduo não sofra esbulho de sua propriedade. Dessa forma, aqueles que defendem um Estado mínimo parecem não se atentar ao fato de como necessitam do Estado para garantir seus negócios e seus patrimônios, e que para manter os instrumentos de garantia dos direitos necessitam da tributação.

A promoção do Estado Social no período pós-guerra provocou um incremento da carga tributária para que se pudesse gerar o financiamento dos gastos sociais. Por

³² HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *O Custo dos Direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 53.

outro lado, a necessidade de forte intervenção dos Estados nas economias para reconstrução de toda a infraestrutura de base dos países atingidos pelo conflito provocou um crescimento econômico que perdurou até 1973, quando se inicia a Crise do Petróleo.³³ Como destaca Mark Mazower, pela primeira vez na história países em desenvolvimento e tidos como os maiores produtores de petróleo tomaram as rédeas da economia mundial, determinando o reajuste dos preços dos barris de acordo com seus interesses.³⁴

A tentativa dos países em desenvolvimento de criar uma Nova Ordem Econômica não tardou a sofrer com as intervenções da economia norte-americana que havia perdido força. Logo, os excedentes dos lucros da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) passaram a circular por Wall Street e a City de Londres que retomaram o controle da economia mundial.³⁵ De fato, a crise econômica decorrente do aumento alarmante do preço do petróleo provocou uma série de ataques ao Estado Social, no sentido de que este seria o responsável por enormes déficits em decorrência da má gestão das empresas públicas e do aumento expressivo dos gastos sociais. A conjuntura econômica internacional propiciou a ascensão ao poder de ideais conservadores, os quais entendiam que o Estado deveria ser reduzido e que os serviços públicos deveriam ser todos privatizados.³⁶

É nesse contexto em que foi eleita na Inglaterra a deputada conservadora Margareth Thatcher, que posteriormente ficou conhecida como a Dama de Ferro. Thatcher ocupou a primeira cadeira do parlamento britânico no período de 1979 a 1990 e cunhou a famosa frase “Não existe essa coisa de sociedade, o que há e sempre haverá são indivíduos³⁷”. Sob o comando da Dama de Ferro, o Reino Unido promoveu a maior série de privatizações de sua história:

Nos anos 1980, a prioridade é da empresa, vetor de todos os progressos, condição da prosperidade e, acima de tudo, provedora de empregos. Esse culto à empresa e ao empreendedor não é apenas de *lobbies* patronais e doutrinários.

[...]

³³ Nesse sentido, BRESSER-PEREIRA (2009, p.13) destaca que “o neoliberalismo inventou essa oposição porque assim poderia enfraquecer um Estado que, durante os ‘30 anos gloriosos do capitalismo’ (1945-1975), havia se transformado em um Estado democrático social, porque assim poderia transformar o capitalismo em um capitalismo neoliberal.”

³⁴ “O aumento dos preços pelo cartel da OPEP, em 1973, foi aplaudido por muitos países em desenvolvimento por ser, segundo um deles, a primeira vez que potências não ocidentais tomavam a iniciativa na economia mundial.” (MAZOWER, Mark, 2017, p.336).

³⁵ *Ibid.*, p.350.

³⁶ Nesse sentido, Antônio José Avelãs Nunes (2017) aponta que: “A resposta a esta crise estrutural do capitalismo traduziu-se na chamada ‘revolução conservadora’, inspirada na ideologia neoliberal, iniciada com o *thatcherismo* no Reino Unido (1979) e com a *reaganomics* nos EUA (1980), que marcam o início deste novo ciclo, em que a ideologia neoliberal se confirmou, também na esfera política, como a ideologia dominante, a ideologia das classes dominantes, sob a liderança do capital financeiro.”

³⁷ THATCHER, Margaret. **The Downing Street years**, p.626. Tradução nossa.

Em face da empresa ataviada com todas as qualidades, o Estado de bem-estar é apresentado como um “peso”, um freio ao crescimento e uma fonte de ineficácia. A palavra de ordem thatcheriana, “recuar as fronteiras do Estado de bem estar”, deu origem a um conjunto de crenças e práticas – o gerencialismo – que se apresenta como remédio universal para todos os males da sociedade, reduzidos a questões de organização que podem ser resolvidas por técnicas que procuram sistematicamente a eficiência. [...]³⁸

Já nos Estados Unidos, o partido republicano venceu as eleições com Ronald Reagan que esteve à frente da nação mais poderosa do mundo durante os anos 1981 a 1989. O famoso ator de filmes do velho oeste se transformou em um verdadeiro agente propagador do neoliberalismo. É de sua autoria o famoso lema: “*In this present crisis, government is not the solution to our problem; government is the problem*”³⁹ (não espere que a solução venha do governo. O governo é o problema).

Os dois líderes das duas maiores nações do mundo foram os principais propagadores de reformas neoliberais, deslocando o Estado Social do seu lugar de destaque, e passam a defender uma agenda de privatizações de empresas públicas, de redução das barreiras alfandegárias e de reformas nas aposentadorias, bem como em todo o serviço público. O sistema tributário do Estado Social passou a ser questionado. Na esteira da Crise do Petróleo, a classe média assusta-se com a possibilidade de pagar mais impostos e adere ao discurso de ineficiência do Estado e falência do sistema previdenciário.

No Brasil, o neoliberalismo passou a fazer parte da agenda nacional através do presidente Fernando Collor de Mello, que governou para o período de 1990 a 1992 e realizou um amplo projeto de privatizações. Em seu governo, bancos e empresas estatais foram privatizadas e foram criadas entidades governamentais com a finalidade de exercer somente a função de agentes reguladores do mercado. Alguns exemplos dessas entidades são as Agências: Nacional de Aviação Civil, de Saúde Privada, de Telecomunicações, do Petróleo, entre outras. Também foi realizada uma ampla reforma administrativa a partir da extinção de diversos órgãos federais e ainda várias carreiras consideradas dispensáveis à época para o funcionamento do Estado. Ao mesmo tempo, ampliou-se a terceirização dos serviços tidos como não essenciais à manutenção das atividades precípuas da Administração.

Sem dúvida, a década de 1990 assistiu ao apogeu do ideário neoliberal. Como mencionado por um funcionário do Banco Central do Brasil citado por Mazower, “ou você é um neoliberal ou um neo-idiota”.⁴⁰ O discurso neoliberal invadiu todas as áreas da sociedade civil, relacionando aqueles que não aderissem ao discurso uma pecha de

³⁸ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: Ensaio Sobre a Sociedade Neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016, p.289.

³⁹ EDWARDS, Lee. **Ronald Reagan, a political biography**. Houston: Nordland Pub. International, 1980, p.288. Tradução nossa.

⁴⁰ MAZOWER, Mark. **Governar o Mundo - História de uma ideia: 1815 aos nossos dias**, p.360.

ultrapassados e incompetentes ou mesmo de corruptos por defenderem a manutenção do Estado como principal vetor do desenvolvimento e da promoção da igualdade.

O economista Luiz Carlos Bresser-Pereira (Ministro da Administração do governo Fernando Henrique Cardoso e promoveu a mais ampla reforma administrativa no país) destaca que nos anos 1980 e 1990 o neoliberalismo foi hegemônico e difundiu uma oposição entre Mercado e Estado. Nas palavras do professor emérito da Fundação Getúlio Vargas, inicialmente se conceituava o neoliberalismo como um liberalismo econômico radical que apregoava o Estado mínimo e a autorregulação do mercado. Todavia, verificou-se que tal definição não era adequada porque as formas de liberalismo político e econômico eram revolucionárias se comparadas historicamente com o neoliberalismo. Dessa forma, Bresser-Pereira argumenta que ao analisar o que representa o neoliberalismo historicamente, chega-se à conclusão de que:

O neoliberalismo é a ideologia que os ricos usaram no final do século XX contra os pobres ou os trabalhadores e contra um Estado democrático social. É uma ideologia eminentemente reacionária, portanto. É uma ideologia que, apoiada na teoria econômica neoclássica das expectativas racionais, no novo institucionalismo, na teoria da escolha pública, e nas formas mais radicais da escola da escolha racional, montou um verdadeiro assalto político e teórico contra o Estado e os mercados regulados nos últimos 30 anos.⁴¹

Elaborando uma análise comparativa com o crescimento econômico nos 30 anos que se seguiram ao final da Segunda Guerra Mundial e o período pós neoliberalista, nota-se que as taxas de crescimento foram bem menores; houve aumento da instabilidade econômica e financeira, além da gritante concentração de renda na camada social representada pelos 2% mais ricos. A Oxfam⁴², entidade que oferece estudos relacionados à desigualdade da riqueza no mundo, divulgou em relatório mais recente à data de elaboração desta dissertação que os 2.153 bilionários do mundo têm mais riqueza do que 4,6 bilhões de pessoas (equivalente a 60% da população mundial).

O neoliberalismo aplicado aos países que se alinharam ao Consenso de Washington⁴³, além da perversa forma de concentração de riqueza, produziu uma fratura

⁴¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O Assalto ao Estado e ao Mercado, Neoliberalismo e Teoria Econômica**, p.10.

⁴² A Oxfam Brasil é uma organização da sociedade civil brasileira criada em 2014 para a construção de um país mais justo, sustentável e solidário, eliminando as causas da pobreza, as injustiças sociais e as desigualdades. No mundo, a Oxfam foi criada em 1948, no Reino Unido, e é um movimento global formado por pessoas que trabalham juntas para construir um futuro em que todos e todas gozem dos mesmos direitos e dispõem de alimentos suficientes todos os dias (INTERNATIONAL, Oxfam, 2020).

⁴³ Segundo Carlos E. Martins (2020), a expressão *Consenso de Washington* surgiu da denominação dada por John Williamson, economista e pesquisador do *Institute of International Economics*, sediado em Washington, para a convergência de pensamento sobre as políticas públicas dos anos 1980, a partir dos governos de Ronald Reagan e George Bush. Referia-se às ideias das principais autoridades da economia mundial: a alta burocracia das agências econômicas do governo dos Estados Unidos, o Federal Reserve Board, as agências financeiras internacionais, membros do Congresso norte-americano e consultores econômicos de maior poder simbólico internacional.

que enfraqueceu os Estados, sobretudo aqueles que estavam em processo de desenvolvimento. Interrompeu, também, o processo de formação dos Estados Nacionais que se encontram na periferia do sistema e que almejavam a instauração de um Estado de Bem-Estar social, tal qual já se configuraram os países ditos desenvolvidos.

4. ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

Os Estados Nacionais Modernos que surgiram a partir do século XVI na Europa Ocidental formaram-se com base em uma burocracia administrativa, da formação de um exército nacional. A centralização do poder mudou a forma de governar, e para a defesa e expansão dos territórios fez-se necessário a criação de uma burocracia com funcionários, bem como a criação de exércitos nacionais. Tal estruturação dos Estados permitiu o desenvolvimento da navegação marítima e a expansão financeira dos mercados.

No Estado Moderno, todos os indivíduos estão submetidos ao poder central e são por ele reconhecidos como pessoas e, portanto, são titulares de direitos subjetivos. Dalmo Dallari destaca as consequências do reconhecimento do vínculo jurídico entre Estado e os membros do povo, o que determina para o Estado a exigência de três atitudes:

- a) exigência de atitudes negativas, pois a subordinação dos indivíduos é disciplinada pelo direito, impedindo o Estado de ir além de certos limites;
- b) exigência de atitudes positivas, uma vez que o Estado é obrigado a agir para proteger e favorecer o indivíduo;
- c) exigência de atitudes de reconhecimento, pois em certas circunstâncias há indivíduos que agem no interesse do Estado e este é obrigado a reconhecê-los como órgãos seus. É isto que corresponde a reconhecer a alguém a condição de cidadão ativo, como se dá, por exemplo, com o eleitor ou o jurado.⁴⁴

Na Europa do século XIX, diante de relativa estabilidade e a delimitação das fronteiras, foi possível proporcionar uma espécie de caracterização da nacionalidade, aproximando o conceito de Estado moderno com o de Estado nacional. Dallari ainda sublinha que os Estados procuram formar uma imagem nacional que provoque efeitos emocionais para que os componentes da sociedade se sintam solidários:

[...] busca-se evidenciar e estimular todos os elementos comuns que atuam como pontos de ligação entre os diferentes grupos sociais, especialmente

Williamson resumiu as teses que embasaram o Consenso de Washington em dez pontos estratégicos: 1) disciplina fiscal; 2) priorização do gasto público em saúde e educação; 3) realização de uma reforma tributária; 4) estabelecimento de taxas de juros positivas; 5) apreciação e fixação do câmbio, para torná-lo competitivo; 6) desmonte das barreiras tarifárias e paratarifárias, para estabelecer políticas comerciais liberais; 7) liberalização dos fluxos de investimento estrangeiro; 8) privatização das empresas públicas; 9) ampla desregulamentação da economia; e 10) proteção à propriedade privada.

⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª edição, 1998. p.99.

procurando ressaltar os feitos positivos de cada grupo como realizações de todo o conjunto. E é por isso mesmo que se apregoa a existência de características nacionais, quando se apontam certas notas comuns a toda a sociedade política, pois isso favorece a formação de uma consciência de comunidade. Assim, a submissão a um governo comum, o uso da mesma língua, a aceitação de muitos valores culturais comuns, bem como a comunidade de interesses, tudo isso é insuficiente para fazer do Estado uma Nação, mas é útil para a obtenção de maior solidariedade na persecução dos objetivos da sociedade política.⁴⁵

A professora Nina Beatriz Ranieri destaca que no pós-Primeira Guerra, o Estado constitucional passou a se diferenciar do modelo de Estado liberal do século XIX. Isto porque, no âmbito social, houve uma ampliação da igualdade e das garantias em relação às liberdades individuais:

Daí ser denominado Estado social (muito embora tal expressão só venha a ser constitucionalizada pela Lei Fundamental de Bonn de 1948, em seu art. 20, 1). Também identificado como Estado intervencionista, Estado providência, Estado de bem-estar ou Welfare State. O Estado social equipara-se ao Estado liberal no que diz respeito ao império da lei, à divisão de Poderes e à expressa previsão constitucional de direitos individuais.⁴⁶

Após o período das duas grandes guerras, o capitalismo fortaleceu-se ao mesmo tempo em que se expandiu a influência estadunidense em vários países ainda em processo de desenvolvimento - o chamado terceiro mundo, especialmente daqueles que dependiam dos investimentos estrangeiros.

No caso do Brasil, o país havia atravessado um período de governos militares que perdurou de 1964 a 1985 e sofria os efeitos das políticas econômicas com a Crise do Petróleo, a alta da inflação e o enorme endividamento externo resultante da adesão do país aos empréstimos internacionais. Com a posse do primeiro presidente eleito, em março de 1985, pleito objetivado ainda de forma indireta, foi dada prioridade para a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, culminando na promulgação da Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985. Ela estabelecia a convocação de eleições gerais, visto que o modelo de Assembleia adotado naquele momento era a de eleição de deputados federais que deveriam exercer tanto o mandato regular como o de deputados constituintes.

Em 1ª de fevereiro de 1987 tomou posse a Assembleia Constituinte responsável por apresentar uma nova Constituição em substituição à versão anterior modificada durante o regime de governo militar. Para além da necessidade de se estabelecer os

⁴⁵ Ibid., p. 149.

⁴⁶ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado do Direito ao Estado Democrático do Direito**. Barueri, SP: Manole, 2013. Edição do Kindle, p.49.

direitos e garantias fundamentais, o foco da preocupação era recuperar o crescimento econômico em conjunto com o enfrentamento das severas desigualdades sociais. De fato, no ano de 1985, dados do Banco Mundial davam notícias de que o Brasil se situava como o país com a maior concentração de renda do mundo, sendo 5,6 % da renda total destinada aos 10% mais ricos da população. Países como o Nepal, Quênia, Panamá e Peru detinham uma melhor distribuição da riqueza.⁴⁷

Embora tenha levado o país a se tornar a oitava economia do mundo, o processo conservador do crescimento econômico aprofundou a desigualdade, em que dois terços da população do Brasil viviam em condições de miséria. Nesse sentido, o desejo de reconstruir as instituições democráticas passava necessariamente pelo enfrentamento da desigualdade social:

Eu creio que a solução democrática do Brasil é a solução da socialdemocracia, da democracia-social. Creio nisto porque não creio que o liberalismo tenha solução para o Brasil. É uma pilheria falar em democracia liberal no Brasil de hoje. Ou faremos uma democracia social, em que asseguremos as liberdades fundamentais públicas e individuais de todos os cidadãos, e, ao mesmo tempo, asseguremos os direitos materiais de vida, a dignidade da vida, a participação nos bens, ou não faremos democracia, ou não teremos democracia no Brasil. [...]

Manter esse quadro de desigualdades cruéis que aí está, e justificá-lo, nenhuma democracia poderá fazê-lo.⁴⁸

A Assembleia Nacional Constituinte foi pautada pelos anseios de realização de justiça social, e assim restou consagrado que dentre os objetivos da República Federativa do Brasil estariam a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁴⁹

⁴⁷ JAGUARIBE, Hélio. **A Proposta Social-Democrata Na Atualidade Europeia, Hispano Americana E Brasileira**. Seminário Internacional sobre a Socialdemocracia (1987: Rio de Janeiro). Instituto de Estudos Políticos e Sociais. Organizador Hélio Jaguaribe. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

⁴⁸ JAGUARIBE, Hélio. **A Proposta Social-Democrata Na Atualidade Europeia, Hispano Americana E Brasileira**, pp. 245-259.

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Nesse momento, a construção de toda a estrutura burocrática do Estado social haveria de contemplar a criação de um sistema tributário capaz de fazer frente às despesas que adviriam do novo modelo proposto. Assim, o tributo passa a ter um caráter mais instrumental, visto que está vinculado ao desempenho das atividades estatais, sem, entretanto, deixar de considerar os direitos fundamentais dos contribuintes.

Piketty destaca que “o desenvolvimento do Estado Fiscal durante o século passado corresponde no essencial à constituição de um Estado social.”⁵⁰ Destaca ainda o autor que a redistribuição moderna não se refere a uma pura e simples transferência de renda dos ricos para os pobres mas no financiamentos de serviços públicos de forma mais ou menos igualitária nas áreas da saúde, educação e das aposentadorias.

Com a mudança de paradigmas da intervenção estatal, o Estado não somente influi e direciona a economia através de investimentos e gastos em infraestrutura e financiamentos diversos, mas também passa a exercer um papel fundamental de erradicação da pobreza e redução de desigualdades. Dessa forma, além de financiar o aparato do Estado, a tributação deverá também subsidiar a estrutura social a ser construída, com vistas a efetivação dos direitos sociais e materiais previstos na Carta Magna de 1988.

O Estado de bem-estar social representou um grande avanço civilizatório, de forma que o ataque aos seus princípios e valores só produzirá o efeito de desarticular os membros da sociedade e enfraquecer os laços de solidariedade e empatia que devem existir em toda a comunidade.

5. SOLIDARIEDADE

O Estado Democrático de Direito é resultado de uma síntese entre o Estado Social e o Estado de Direito. O Estado concebido pela Assembleia Nacional Constituinte representava os anseios por liberdade e democracia após 21 anos de governos autoritários e, nesse sentido, formulou-se uma Constituição que privilegiava a liberdade do indivíduo frente as investidas de um Estado autoritário. Todavia, essa liberdade não pode ser vista de forma absoluta, pois poderia provocar a violação da liberdade de outros. A liberdade por si só não basta e não existe liberdade sem solidariedade, como destacado por Júlio Cesar Santiago.⁵¹

A democracia pressupõe a liberdade e a igualdade de tratamento, mas, por outro lado, não é suficiente para conferir independência e autossuficiência social. Tzvetan Todorov destaca a importância das relações humanas na construção da autonomia, isto porque os homens nascem fracos e dependentes e, sem o convívio em sociedade com a percepção das proibições, o amadurecimento do indivíduo é incompleto:

⁵⁰ PIKETTY, Thomas, *O Capital No Século XXI*, p.765.

⁵¹ SANTIAGO, Julio Cesar. *Solidariedade: como legitimar a tributação?* p. 28-35.

Numa democracia, somos todos iguais perante a lei; mas a lei está longe de cobrir todas as relações humanas constitutivas da vida social. O modelo democrático e igualitário, transposto mecanicamente do domínio político para a antropologia, do público para o privado, faz-nos ignorar as relações hierárquicas no seio da sociedade. Depois de 1968, declarou-se com frequência que é proibido proibir, esquecendo-se que não existe sociedade sem proibições, sem normas e, portanto, também sem subordinação. A frase “os homens nascem livres e iguais” procede de um espírito generoso e pode servir a objetivos louváveis, mas, no plano antropológico, é uma inverdade. Os homens nascem dependentes e fracos, só adquirem certas formas de liberdade e de igualdade quando se tornam adultos. Autonomia política não significa independência e autossuficiência sociais. Esse contrassenso nas representações age, por sua vez, sobre nosso mundo e destrói um pouco mais as relações de autoridade.⁵²

A Constituição de 1988 deu grande destaque à liberdade em seus diferentes aspectos: liberdade de consciência, de crença, de associação, de locomoção, de imprensa, de exercício de profissão, de aprendizado, de ensino de pesquisa, de informação. Outros aspectos ainda foram lembrados pelos constituintes originários: livre iniciativa, manifestação de pensamento, liberdade artística, intelectual, científica, partidária. O constituinte não foi tão abrangente quando tratou da solidariedade, inserindo o princípio da solidariedade em três oportunidades⁵³:

1. como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inciso I da CF/88);
2. nos casos de financiamento da previdência do servidor público (art. 40, *caput* da CF/88);
3. na responsabilidade solidária nos casos de irregularidade ou ilegalidade a ser comunicada ao Tribunal de Contas da União (art. 74, §1º da CF/1988).

Santiago⁵⁴ argumenta que o fato de o constituinte originário não ter dado o mesmo tratamento à solidariedade e à liberdade não significou menosprezo à importância da solidariedade na formação da República, mesmo porque a solidariedade foi prestigiada como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O Estado Democrático de Direito que exsurge da Assembleia Constituinte, consciente do quadro de desigualdades sociais que precisavam ser enfrentadas a partir desse marco de uma “Nova República”, elegeu como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse momento, o nascimento do Estado Social

⁵² TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. _____: Companhia das Letras, 2012. Edição do Kindle, posição 2421-2422.

⁵³ BRASIL. **Constituição (1988)**.

⁵⁴ SANTIAGO, Julio Cesar. **Solidariedade: como legitimar a tributação?**

promove a mudança de paradigmas em relação às suas funções e a sua forma de atuação. O novo modelo tem como objetivo promover o desenvolvimento da atividade econômica do país de forma a produzir também o desenvolvimento social, promovendo a diminuição das desigualdades sociais produzidas pelo modelo econômico capitalista.⁵⁵

Essa mudança de paradigma deveria produzir efeitos também na tributação. O Estado, além de indutor do crescimento e protetor das liberdades individuais, deveria ainda garantir os direitos sociais básicos: “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.”⁵⁶ Assim, o imposto como espécie de tributo que não prevê uma contrapartida para quem contribui, pelo menos diretamente, é o principal instrumento de financiamento tanto para a realização de investimentos econômicos como para atendimento dos direitos sociais consagrados na Carta Magna brasileira.

Isto posto, o imposto é um instrumento de coesão social e é o principal meio de obter suficiência financeira ao Estado⁵⁷. Paulo Marques menciona que “há uma tensão indissolúvel e inacabada entre a inevitável escassez de receitas e a emergência de dar resposta a múltiplos fins públicos. Deste modo, a relação jurídica tributária deve ser contextualizada com o valor ético da solidariedade social.”⁵⁸ Em Elogio do Imposto, Marques destaca ainda que o “imposto como prestação pecuniária, coactiva, unilateral, definitiva, não sancionatória [...] está umbilicalmente ligada ao princípio da solidariedade fiscal.”⁵⁹

O imposto, sem dúvida, é uma exceção ao princípio da liberdade econômica por ser uma obrigação unilateral exigida do cidadão pelo Estado. Dessa forma, a imposição do pagamento deve observar diversas regras e preceitos com base na capacidade contributiva do cidadão.

A solidariedade social é um dos elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito e o princípio da solidariedade tributária está estritamente vinculado àquela. Assim, a realização do bem comum só poderá ocorrer a partir de uma associação de esforços ou por meio de ações de trocas. Nas palavras de Paulo Marques⁶⁰, com fundamento na solidariedade social, aqueles que possuem maiores condições econômicas devem contribuir para a realização das tarefas primordiais do Estado, especialmente, no que tange à melhoria da vida dos cidadãos mais desfavorecidos. Em

⁵⁵ CARDOSO, Alessandro Mendes. **O Dever Fundamental de Recolher Tributos no Estado Democrático de Direito**.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição (1988)**, Art. 6º.

⁵⁷ Além da receita proveniente da arrecadação tributária (a chamada receita derivada), o Estado obtém recursos da exploração da atividade econômica pelas Estatais, do uso de propriedades e de bens públicos (OLIVEIRA, Regis Fernandes, 2014, p.238).

⁵⁸ MARQUES, Paulo. **Elogio ao Imposto**. Coimbra (PT): Editora Coimbra, 2011, p.80.

⁵⁹ *Ibid.*, p.60.

⁶⁰ MARQUES, Paulo. **Elogio ao Imposto**, p. 59.

contrapartida, o Estado enquanto entidade arrecadatória tem por obrigação estabelecer critérios rigorosos para a ordem tributária, observar os princípios da igualdade e da progressividade, que fazem parte do princípio da capacidade contributiva.

Tal princípio é reforçado por outro – o princípio republicano, que emerge da Constituição Federal de 1988 em seu art. 145, §1º, dispondo que os impostos sempre que possível terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.⁶¹ Roque Carrazza destaca que o “princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideias republicanos”⁶². O referido princípio informa a tributação e é o meio mais eficaz para o alcance da almejada Justiça Fiscal.

E possível um Estado Fiscal promover a formação de uma sociedade mais justa mediante a redistribuição da renda? Acreditamos que a resposta é positiva. A aplicação do princípio da capacidade contributiva, juntamente com o controle social das receitas oriundas dos impostos, poderá resgatar a solidariedade almejada pelo constituinte originário e que foi fruto do anseio de toda a sociedade brasileira para a reconstrução de um Estado Democrático de Direito que pudesse atender às necessidades básicas de todos os cidadãos.

6. QUAL O PAPEL DO ESTADO NO SÉCULO XXI?

Thomas Piketty realizou uma ampla pesquisa sobre a desigualdade no mundo. A partir de uma análise histórica e econômica dos fatores que levaram a atual concentração de renda (dados mostram que os 10% mais ricos já detêm entre 35% e 50% do total da produção mundial de riquezas), o autor concluiu que a política é mais determinante na redução da desigualdade do que a própria economia. Ainda de acordo com o economista, somente choques profundos como guerras mundiais, depressões e revoluções foram capazes de reduzir as desigualdades diante da necessidade de intervenção dos Estados para redução da miséria. Nesse sentido, Piketty afirma ainda que somente nesses casos extremos é que a elite dos países afetados aceitou as reformas sociais e fiscais para levar ao fim da desigualdade.

O autor destaca que o imposto progressivo foi a maior invenção do século XX em matéria fiscal e somente o Estado poderá, mediante políticas fiscais, promover a diminuição da desigualdade. Todavia, o pagamento de impostos progressivos pela camada mais rica da população sofreu reduções nas últimas décadas na mesma proporção em que se privilegiou o imposto sobre o consumo dos mais pobres e as contribuições sociais. Dessa forma, é possível afirmar que houve redução da carga tributária para o topo da pirâmide social.

⁶¹ BRASIL. *Constituição (1988)*.

⁶² CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 87.

Piketty conduziu pesquisas mais recentes a partir do acesso a dados sobre a renda de países como Brasil, África do Sul, Índia, China e Oriente Médio, e afirma:

Embora muitas informações não tenham sido disponibilizadas foi possível concluir que estatísticas oficiais subestimam a desigualdade, pois as informações disponíveis são limitadas.

[...]

Com uma perspectiva mais global da desigualdade, vemos que hoje a região mais desigual do mundo, de acordo com os nossos dados, é o Oriente Médio. Depois vêm a África do Sul e o Brasil, mais ou menos no mesmo nível. São exemplos bastante extremos. Porque a África do Sul tem o legado do Apartheid. E, no Oriente Médio, há uma concentração enorme de recursos em territórios pequenos, e isso contribui para a instabilidade política inclusive.⁶³

Nota-se a gravidade da situação brasileira diante do comparativo com países que possuem um elevado grau de desigualdade decorrente de questões estruturais da formação dessas sociedades, como por exemplo o regime de castas na Índia e as monarquias sauditas.

Em estudo recente, a organização Oxfam demonstrou que a desigualdade econômica no mundo está fora de controle⁶⁴. Como já exposto, os bilionários do mundo, que somam apenas 2.153 indivíduos, detinham mais riqueza do que 4,6 bilhões de pessoas em 2019. A situação da desigualdade no Brasil é ainda mais gritante, conforme o estudo Desigualdade Global realizado pelo Jornal Folha de São Paulo:

Segundo o Relatório da Desigualdade Global, da Escola de Economia de Paris, o Brasil é hoje o país democrático que mais concentra renda no 1% do topo da pirâmide.

Só o Qatar, emirado árabe absolutista de 2,6 milhões de habitantes e governado pela mesma dinastia desde meados do século 19, supera, por pouco, o Brasil.

A partir de dados que combinam pesquisas domiciliares, contas nacionais e declarações de imposto de renda, o relatório mostra que esse 1% super-rico (cerca de 1,4 milhão de adultos) captura 28,3% dos rendimentos brutos totais e recebe individualmente, em média, R\$ 106,3 mil por mês pelo conjunto de todas as suas rendas – segundo valor de 2015 atualizado na base do WID (World Inequality Database).

Como comparação, os 50% mais pobres (71,2 milhões de pessoas) ficam com 13,9% do conjunto de todos os rendimentos, menos da metade do que é recebido pelo 1% no topo.

⁶³ Trecho extraído de informação verbal do ciclo de palestras Fronteiras do Pensamento, realizadas no período de maio a dezembro de 2017 na cidade de São Paulo.

⁶⁴ BRASIL, Oxfam. **Tempo de cuidar**. São Paulo, 2020.

Mesmo considerando os 10% mais ricos, o Brasil empata com a Índia e só perde para a África do Sul no ranking dos mais desiguais considerando a Paridade do Poder de Compra. Os cerca de 14,2 milhões de adultos nesse decil capturam 55,5% dos rendimentos totais.

Depois do Brasil e do Qatar, onde o 1% detém 29% da renda, países com forte acúmulo no topo são Chile (modelo liberal para muitos e proporcionalmente mais rico que o Brasil), Líbano, Emirados Árabes e Iraque.⁶⁵

Como alertado por Piketty, a situação de desigualdade já atingiu níveis insustentáveis e sem a intervenção do Estado com a adoção de políticas fiscais e sociais para conter a concentração de renda, não será possível reverter a situação. Na opinião pública, os mais ricos acreditam que a riqueza acumulada é resultado de mérito e trabalho próprios e alegam que os impostos alimentam políticos corruptos e se recusam a contribuir de forma mais efetiva para o aumento da receita pública. Por outro lado, como tem maior poder de barganha perante o Estado, conseguem obstar qualquer tentativa de aumento dos impostos progressivos.

No Brasil, o Imposto sobre Grandes Fortunas, conhecido como IGF, previsto na Constituição Federal de 1988, até o momento não chegou a ser regulamentado, ou seja, passados 31 anos o imposto sobre fortunas continua uma mera utopia. Como destacado pelo economista francês, a importância do imposto progressivo, como é o caso do IGF, só foi reconhecido pelas elites nos grandes momentos de rupturas, como guerras mundiais, quebra dos mercados ou revoluções. No entanto, não é necessário esperar a deflagração de uma nova guerra mundial para compreender que os ricos devem contribuir para a melhoria das condições de vida da população.

O autor de *O capital no século XXI* destaca que a principal lição aprendida é a de que a questão da desigualdade de renda é profundamente política pois envolve sistema de crenças, identidades nacionais e inversões:

Cada país imagina que não há nada a aprender com as experiências de outros países, e sempre encontra motivos para isso. Em última análise, isso em parte está errado. Sempre temos muito a aprender com essas outras experiências, para irmos além do nacionalismo, o nacionalismo percebido. Para mim, o maior perigo do aumento da desigualdade é o surgimento de diversas formas de nacionalismo. Se não conseguirmos lidar com as questões de desigualdade de uma forma democrática pacífica, sempre haverá políticos que tentarão explorar a raiva e a frustração que surgem com o aumento da desigualdade para culpar outros grupos de pessoas, para culpar trabalhadores de outros países, pessoas que têm religiões diferentes.⁶⁶

⁶⁵ CANZIAN, F; MENA, F; ALMEIDA, L. Super-ricos no Brasil lideram concentração de renda global. **Folha de São Paulo**, Brasil, 19 ago. 2019.

⁶⁶ Trecho extraído de informação verbal do ciclo de palestras Fronteiras do Pensamento, realizadas no período de maio a dezembro de 2017 na cidade de São Paulo.

Nota-se a importância a ser dada para a tributação e principalmente aos valores solidários que devem estar incutidos no sistema tributário de um Estado. Sem essa compreensão é quase impossível reverter o discurso que demoniza os impostos de forma a enfraquecer o Estado de Bem-Estar Social, fundado exatamente no entendimento de que todos devem contribuir para a construção de uma sociedade mais justa.

O tributo é uma instituição mais do que jurídica, é social, e faz-se um instrumento de coesão social. A solidariedade é intrínseca à sua existência, e, portanto, a tentativa de desqualificá-lo com o pretexto meritocrático e individualista só serve àqueles que desejam combater as políticas fiscais de redistribuição de riqueza.⁶⁷

O jornal *The New York Times* publicou o artigo *The rich really do pay lower taxes than you*⁶⁸ demonstrando, por meio de pesquisa, que os impostos progressivos têm sofrido regressão nos últimos anos nos Estados Unidos da América, sendo que os mais pobres têm a renda comprometida com o pagamento do Medicare e o Seguro Social:

A taxa geral de tributação das 400 famílias mais ricas do ano passado foi de apenas 23%, o que significa que seus pagamentos combinados de impostos equivaleram a menos de um quarto de sua renda total. Essa taxa total era de 70% em 1950 e 47% em 1980.

Para famílias de classe média e pobres, a imagem é diferente. O imposto de renda federal também diminuiu modestamente para essas famílias, mas elas não se beneficiaram muito, se é que houve, com o declínio no imposto sobre as sociedades ou no imposto predial. E agora pagam mais impostos sobre folha de pagamento (que financiam o Medicare e o Seguro Social) do que no passado. No geral, seus impostos permaneceram razoavelmente baixos.

O resultado combinado é que, nos últimos 75 anos, o sistema tributário dos Estados Unidos se tornou radicalmente menos progressivo.⁶⁹

Como trata Piketty, mais do que a economia, a política fiscal é o mais importante instrumento para alterar as realidades de desigualdade e pobreza. É necessário mobilizar recursos financeiros do Estado para garantir a realização dos direitos sociais previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, recursos esses que só poderão vir de políticas fiscais progressivas que priorizem a cobrança de impostos sobre a renda e a fortuna daqueles cidadãos detentores de maior capacidade contributiva, visto que esses também se beneficiam do Estado para garantir suas liberdades individuais. É nesse sentido que a Constituição brasileira prevê em seu art.

⁶⁷ SANTIAGO, Julio Cesar. **Solidariedade: como legitimar a tributação?** p. 23.

⁶⁸ “Os ricos realmente pagam mais impostos”. Tradução nossa.

⁶⁹ LEONHARDT, David. *The rich really do pay lower taxes than you*. **The New York Times**, New York, 6 out. 2019. Tradução nossa.

3º, incisos I e III⁷⁰, a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e a diminuição da desigualdade; para tanto, impõe o dever de contribuir com fundamento no princípio da solidariedade, sem deixar de observar o princípio da capacidade contributiva.

7. A CRÍTICA AO ESTADO BEM-ESTAR SOCIAL E AO ESTADO FISCAL BRASILEIRO

Falar da crise financeira do Estado brasileiro e dos excessivos gastos sociais passou a fazer parte do cotidiano dos noticiários e das análises econômicas. Diante de uma crise na Economia, logo aparecem os defensores da intervenção mínima do Estado na esfera econômica e os “excessivos” direitos sociais previstos na Carta Constitucional de 1988. É comum ouvir de políticos ditos liberais declararem que a *Constituição não cabe no orçamento público* diante de tantos direitos sociais e previdenciários.

O Estado Democrático brasileiro tem por característica os fundamentos da República previstos no artigo 1º da Carta Magna, enquanto o art. 3º pode ser considerado uma cláusula social com objetivo de construir uma sociedade mais equânime.⁷¹ Considerando a mudança de paradigmas em relação à forma de atuação do Estado, em que se conjuga um Estado de Direito com o Estado Social, foi necessária alterar a tributação para um combate à desigualdade, essa produzida pela própria ordem econômica. Por sua vez, o Estado de Direito deve observar a capacidade contributiva, criando impostos progressivos capazes de fazer frente às despesas decorrentes das novas funções do Estado.

O neoliberalismo, como ideologia hegemônica desde os anos 1980, busca provocar uma mudança no Estado ao subtrair as funções de agente regulador das relações econômicas e de sua atuação nos setores que atendem aos chamados direitos sociais fundamentais e universais, atingindo, principalmente, os direitos à saúde, à previdência e à educação. O principal argumento utilizado é o de que o Estado é ineficiente e gera muita corrupção, sendo que o indivíduo (o “Particular”) é que possui melhores condições para empreender com sucesso em todas as áreas de atuação do Estado. Nesse sentido, o Estado é visto como um grande interventor ineficiente, corrupto e com poderes absolutos.

O Professor Bresser-Pereira destaca que o discurso neoliberal, na tentativa de obter a desregulação do mercado, produz como resultado um ataque ao Estado social:

⁷⁰ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

ⁱ - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

ⁱⁱ - garantir o desenvolvimento nacional;

ⁱⁱⁱ - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

^{iv} - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

⁷¹ BRASIL. *Constituição (1988)*.

O papel fundamental do Estado é de fato o de ser regulador, é o de definir e de se constituir no sistema constitucional legal. Mas também pode ser protetor, indutor, capacitador (*enabling*) e, nas fases iniciais do desenvolvimento econômico, produtor. O neoliberalismo, além de não querer um Estado com essas últimas qualidades – as formas que o Estado democrático e social assumiu ou estava assumindo durante “30 anos gloriosos do capitalismo” (1945-1975) -, também não queria um Estado regulador. O nome “Estado regulador” era vazio. O objetivo era desregular em vez de regular. Para o neoliberalismo o Estado deveria se tornar “mínimo”, e isso significava pelo menos quatro coisas: primeiro, que deixasse de se encarregar da produção de determinados bens básicos relacionados com a infraestrutura econômica; segundo, que desmontasse o Estado social, ou seja, todo o sistema de proteção social por meio do qual as sociedades modernas buscam corrigir a cegueira do mercado em relação à justiça social; terceiro, que deixasse de induzir o investimento produtivo e o desenvolvimento tecnológico e científico, ou seja, de liderar uma estratégia nacional de desenvolvimento; e, quarto, que deixasse de regular os mercados e principalmente os mercados financeiros porque seriam autorregulados.⁷²

O discurso neoliberal de desregulação do mercado é proposto de forma insistente e acaba por atingir o Estado como um todo, provocando um enfraquecimento das instituições, especialmente nos Estados que ainda estão em processo de desenvolvimento e, mesmo, de formação do seu próprio Estado social. Bresser-Pereira conclui:

O neoliberalismo hoje é uma ideologia morta, é uma lembrança constrangedora, que só existe pelas suas consequências danosas sobre as sociedades que dele foram vítimas. Estarei eu sendo injusto com o neoliberalismo e com os neoliberais? Como sempre fui crítico dessa ideologia, trago para a matéria o testemunho de alguém insuspeito, Francis Fukuyama (2004), um conservador, mas não um neoliberal, que, em seu livro *Construção de Estados: governo e organização no século XXI*, faz uma crítica cerrada à política neoliberal conduzida pelos Estados Unidos nos países menos desenvolvidos, especialmente os africanos. Mostrou como essa política levava ao enfraquecimento de seus Estados, e como um Estado fraco levava a países ou estados fracassados – a “failed states”.¹ Sei que o caso dos Estados-nação fracassados é um caso-limite, mas são os casos-limite que nos esclarecem as situações ambíguas que geralmente prevalecem na sociedade.⁷³

Dessa forma, a narrativa neoliberal de ataque ao Estado regulador acaba por atingir o próprio Estado em todas as suas atividades: como indutor de crescimento

⁷² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O Assalto ao Estado e ao Mercado, Neoliberalismo e Teoria Econômica*, p.8

⁷³ *Ibid.*, p.9

econômico, como protetor dos direitos fundamentais básicas produzindo o enfraquecimento do Estado, o que com bem destacado por Bresser Pereira, leva a países ou estados fracassados.

8. A EDUCAÇÃO PARA CIDADANIA

As teorias neoliberais passaram a ganhar maior destaque no Brasil ao fim dos anos 1990. A Constituição brasileira estava estreando e, além das medidas legislativas necessárias para dar efetividade aos direitos sociais, o país ainda enfrentava os problemas decorrentes de anos de hiperinflação e planos econômicos fracassados. Todo o Estado deveria passar por reformas tanto administrativas como fiscais. Nesse contexto, O Plano Real⁷⁴ foi lançado em 1994 e promoveu a estabilização da moeda, permitindo que o país pudesse planejar seu desenvolvimento e implementar os novos direitos sociais contemplados na Constituição Federal de 1988. Nos termos do Art. 6º, “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [...]”⁷⁵

Cabe pontuar que a competência para legislar sobre educação é concorrente e toca à União, Estados e municípios; todavia, a elaboração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional⁷⁶ é privativa da União. Ainda, o Capítulo III da Carta Magna, Art. 205, dispõe que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O dever fundamental de pagar impostos por parte dos cidadãos deverá ter como contrapartida do Estado Fiscal a obrigação de zelar para que a tributação seja objeto de um sistema normativo tributário que, além de garantir o estrito cumprimento da lei, observando-se os direitos individuais e a capacidade contributiva, garanta também a divulgação dos princípios republicanos e de solidariedade que sustentam a tributação. Dessa forma, compete ao Estado repercutir na sociedade de forma contínua a justificativa para a tributação como um preparo ao exercício da cidadania. Do contrário, é certo que nenhum cidadão terá o gosto e o prazer de pagar tributos, ainda mais os impostos progressivos que não representam uma contrapartida ou um benefício direto ao contribuinte.

⁷⁴ O Plano Real foi o programa brasileiro de estabilização econômica que promoveu o fim da inflação elevada no Brasil, situação que já durava aproximadamente trinta anos. Até então, os pacotes econômicos eram marcados por medidas como congelamento de preços (PACIEVITCH, Thais, _____).

⁷⁵ BRASIL. **Constituição (1988)**, Art. 6.

⁷⁶ _____. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

No que diz respeito ao cidadão, além do direito a não sofrer com a imposição de tributos ilegais e excessivos, visto que o Estado deve observar sua capacidade contributiva, a Constituição Federal lhe confere o direito à educação, que é de responsabilidade de toda a sociedade; uma educação que deve ser plena para desenvolver tanto as capacidades individuais como também o exercício da democracia. O Estado, através da educação, deve proporcionar aos cidadãos uma formação que lhes permita compreender o papel que desempenham no coletivo, na vida comunitária e quanto a solidariedade é estruturante da vida em sociedade. Logo, se sistema normativo brasileiro prevê a atuação do Estado como garantidor da educação e da cultura, cabe ao legislador adotar políticas educativas que promovam a cidadania e a solidariedade como elementos constitutivos da República e da formação Estado fiscal e social.

Paulo Marques destaca que a cidadania “além da relação do cidadão com o poder, comporta uma simbiose entre o reconhecimento de importantes direitos e a afirmação da responsabilidade comunitária dos cidadãos-contribuintes.”⁷⁷ O dever fundamental de pagar impostos é um dever ético-social de todos com todos⁷⁸. O Estado Fiscal não se sustenta sem que os cidadãos tenham compreensão plena de que a solidariedade é parte constitutiva do dever ético-social de pagar tributos.

E é nesse sentido que a educação tem um relevante papel de conscientização de que o pagamento de impostos é um instrumento necessário, imprescindível, dentro de uma concepção de Estado Moderno Social, para a realização dos direitos e das garantias fundamentais de todos os cidadãos. Segundo Nabais,

Visto e enunciado o dever fundamental de pagar impostos, impõe-se agora uma alusão ao seu profundo sentido e alcance para a sustentabilidade financeira do Estado, pressuposto de existência e funcionamento da comunidade estadual no quadro de uma economia livre ou economia de mercado. O que implica, designadamente, que nem a economia de mercado esteja dependente do Estado (estado-dependência) nem o Estado acabe submetido ao mercado (mercado-dependência). Ou seja, que haja um adequado equilíbrio entre o mercado e o Estado e entre o Estado e o mercado. O que passa justamente pela existência e funcionamento minimamente eficaz do Estado fiscal, nos termos em que este se desenvolveu ao longo dos séculos XIX e XX, passando do Estado fiscal liberal para o Estado fiscal social e tendo atingido este o seu maior êxito nos finais do século XX, que, importa assinalar, se verificou no fim dos anos oitenta do século passado.

De facto, o Estado de Direito social, também designado por modelo social europeu, que se desenvolveu e consolidou durante as quatro décadas a

⁷⁷ MARQUES, Paulo. **Elogio ao Imposto**. p. 61.

⁷⁸ *Ibid*, p. 61.

seguir à II Guerra Mundial, foi uma inequívoca história de sucesso¹⁸, cuja manutenção no século XXI, como é reconhecido, enfrenta as maiores dificuldades.⁷⁹

Após as duas grandes guerras mundiais, a preocupação com as liberdades e os direitos individuais permitiu a formação de Estados sociais que tinham como fonte de recursos a arrecadação de impostos progressivos. A partir do final do século XX, o neoliberalismo se expandiu difundindo a ideia de que o Estado deve ser mínimo e de que os indivíduos devem ter liberdade total para empreender. Até hoje as ideias que valorizam o individualismo em detrimento do corpo coletivo são amplamente difundidas pelos meios de comunicação, pelas escolas de negócios e agora, também, disputam espaço no ensino fundamental sob a roupagem de educação financeira.

No artigo publicado pelo jornal Folha de São Paulo intitulado *O Preço da Riqueza*, Joseph Stiglitz, economista que recebeu o prêmio Nobel em 2001, destaca que o receituário neoliberal foi imposto como o único modo possível de atingir o desenvolvimento e que seus ortodoxos intelectuais não toleram discordâncias. O mesmo artigo retrata como os bilionários usaram seu dinheiro para financiar um pensamento único, patrocinando pesquisas, centro de estudos e campanhas políticas de seu interesse:

É o caso dos irmãos David e Charles Koch, com negócios em mais de 60 países e 100 mil empregados em diversas áreas de atuação. Os dois, também personagens do documentário *Citizen Koch* e do livro *Kochland*, financiavam pesquisadores e políticos com discursos contra impostos, regulação e medidas amigáveis ao meio ambiente.⁸⁰

Essa influência também é sentida no Brasil. Além de institutos de pensamento liberal radicalmente contrários ao pagamento de tributos, já existe um trabalho de produção cultural, inclusive com edição de livros didáticos com noções de livre mercado para crianças.⁸¹

Na Espanha também, há discussão em torno da influência das teses econômicas que pregam o neoliberalismo nos livros didáticos escolares promovendo o papel de investidores com ensinamentos sobre o mercado de ações para ganhar mais dinheiro, deixando de lado a formação das crianças com base nos valores de solidariedade necessários a vida em sociedade.⁸²

⁷⁹ NABAIS, José Casalta. Sobre a Educação e Cidadania Fiscal. In: **Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional**. Ano 13- Nº 10/2019. Pp.8-34.

⁸⁰ CASTRO, José Roberto. O preço da riqueza. **UOL**. Brasil, 04 fev. 2020.

⁸¹ ZANINI, Fábio. Produtora Brasil Paralelo revisa a história em filmes e livros com visão de direita. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 ago. 2019.

⁸² ALLER, Marta García. Podemos critica un libro de economía para niños y lo convierte en el más vendido. **El Independiente**. Espanha, 30 ago. 2018.

Enquanto os grandes investidores se preocupam com a difusão do pensamento econômico neoliberal, o Estado social, sustentado pela tributação, é desqualificado tanto sob o ponto de vista do interesse público defendido em suas políticas sociais como também sob o ponto de vista ético. Não se pode pensar que a lógica financeira do chamado Mercado possa ser transferida e utilizada pelo Estado. Os interesses dos indivíduos, quando desempenham o papel de agentes econômicos, não são os mesmos do Estado:

Enquanto a lógica do mercado é a do lucro, a da política é a do interesse público ou do bem comum. Enquanto não se espera de um agente econômico senão que ele defenda seus interesses nos limites da lei, espera-se muito mais dos cidadãos e dos oficiais de uma república. Os membros do Estado não são apenas os servidores públicos e os políticos eleitos; são também os cidadãos do Estado-Nação, e todos, além de buscarem seus próprios interesses, estão comprometidos com o interesse nacional.⁸³

Para fruição dos direitos e garantias fundamentais, é necessária a sustentação financeira do Estado. Os jovens cidadãos devem ser formados na compreensão de que o Estado que desejamos, garantidor tanto dos direitos sociais básicos (como do direito à liberdade) foi concebido fundamentado na solidariedade. As relações entre os cidadãos de uma República devem ser pautadas por princípios éticos, morais e, novamente salienta-se, solidariedade. A lógica do chamado Mercado tenta substituir a obrigação moral pela relação de mercadoria, o que deteriora e corrompe os valores que compõem as relações humanas e esvazia a vida pública também dos valores morais. Não é à toa que as relações atuais entre o Estado e os cidadãos mais se aproximam de relações comerciais entre fornecedores e consumidores.

Gilles Lipovestsky, filósofo francês, destaca em sua obra *A Sociedade Pós-Moralista* publicada em 1992 que as transformações ocorridas em decorrência do liberalismo econômico afetam a moral na vida pública:

Na realidade, os contornos da sociedade de amanhã serão traçados pelos ditames do mais forte e pela dualidade social. Em outras palavras setores cada vez mais amplos da sociedade tenderão a ser subjugados pelo regime da especulação excessiva e, por via de contágio, pelo individualismo irresponsável, não dotado de regras.⁸⁴

De fato, o hiperindividualismo apregoado pela nova linguagem do mercado deverá produzir efeitos devastadores na vida pública, esvaziando o espaço da política,

⁸³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O Assalto ao Estado e ao Mercado, Neoliberalismo e Teoria Econômica*, p.19

⁸⁴ LIPOVETSKY, Gilles. *A Sociedade Pós Moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução Armando Braio Ara. Barueri, SP: Manole, 2005, p.171.

reduzindo todos os problemas da sociedade a uma mera questão de competição de individualidades.

A educação para a cidadania fiscal no Brasil parece não despertar o interesse das autoridades públicas. Contudo, considerando os altos índices de sonegação de impostos e evasão de divisas, o país deveria incluir a cidadania fiscal como uma temática essencial para a mudança de comportamento dos contribuintes.

9. CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo propiciar uma discussão sobre a formação do dever fundamental de pagar impostos como decorrência dos valores de solidariedade basilares à criação do Estado de Bem-Estar Social e de um Estado fiscal passível da criação de impostos progressivos.

Dentre os objetivos insertos na Carta Magna de 1988, destaca-se a obrigação do Estado em garantir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.⁸⁵ Por isso, o Estado necessita dos tributos para promover os direitos fundamentais supracitados e concretizar a igualdade material almejada. Para além da garantia dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, o Estado também deve empenhar-se em promover, das mais diferentes formas, a arrecadação dos tributos que vão financiar a elaboração dos processos econômicos e das políticas públicas de redução da desigualdade e da pobreza.

Nesse sentido, é de suma importância promover uma educação para o exercício da cidadania, para a compreensão da relevância da arrecadação de tributos para o cumprimento da missão fundamental dada pela Carta Magna de 1988, ao Estado, de promover o bem-estar comum e a repartição da riqueza produzida no país.

A hegemonia do pensamento individualista e autossuficiente, que desqualifica o espaço público e a política em proveito da ação individual, construiu uma imagem extremamente negativa da tributação, justificando a sonegação de pagamento de impostos como uma espécie de ato de protesto contra uma suposta ineficiência e corrupção do Estado e de seus agentes.

O estudo destacou a importância da tributação na distribuição de renda, especialmente via impostos progressivos, sendo um dos instrumentos mais relevantes para a redução da desigualdade social como fonte de custeio para instituir programas destinados a cumprir esta função. Entende-se aqui que a brutal desigualdade de renda, retratada em estudos econômicos como o do economista francês Thomas Piketty, foi resultado de políticas de tributação que se afastam dos valores solidários que deram ensejo à formação do Estado Democrático de Direito.

⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988), Art. 3º, incisos I a IV.

Ademais, o presente trabalho procurou demonstrar de forma sucinta que a narrativa contrária à tributação deve ser combatida pelo próprio Estado através de políticas educacionais de formação da cidadania. É necessário que o Estado dispense esforços para combater essa narrativa, dado que ela produzirá efeitos nefastos para a sustentação financeira do Estado brasileiro, para o combate à sonegação e a elisão fiscal.

Mais do que exercer uma atividade meramente arrecadatória, os governantes têm o dever constitucional de promover ações que possam intervir na narrativa que demoniza os impostos e disseminar o elogio ao imposto como forma de promoção dos direitos sociais e garantias individuais e, por consequência, promover a construção de uma sociedade mais justa e solidária, como consagrado nos incisos I e III do art. 3º da Constituição brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. 11ª edição, p. 55.

ALLER, Marta García. Podemos critica un libro de economía para niños y lo convierte en el más vendido. **El Independiente**. Espanha, 30 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.elindependiente.com/economia/2018/08/30/podemos-critica-libro-economia/>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

ATALIBA, Geraldo, **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2004, pp.158-159.

BACURAU. Direção: Juliano Dornelles e Kleber Mendonça Filho. Brasil/França: 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2019.

_____. Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Portal da Presidência da República**, Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2019.

_____. Lei Nº 8.069, 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Portal da Presidência da República**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 28 fev. 2020.

_____. Lei Nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991. Restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e dá outras providências. **Portal da Presidência da República**, Brasília, DF, 23 dez. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8313cons.htm>. Acesso em: 28 fev. 2020.

_____. Lei Nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece Diretrizes E Bases Da Educação Nacional. **Portal da Presidência da República**, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 01 fev. 2020.

_____. Lei Nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em 19 de out. de 2019.

_____. Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências (Exposição de Motivos). **Portal da Presidência da República**, Brasília, DF, 11 abr. 2019. Seções 2 e 8. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicaodemotivos-157846-pe.html>>. Acesso em: 19 de out. de 2019.

BRASIL, Oxfam. **Tempo de cuidar**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://oxfam.org.br/justica-social-e-economica/forum-economico-de-davos/tempo-de-cuidar/>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O Assalto ao Estado e ao Mercado, Neoliberalismo e Teoria Econômica**. São Paulo: FGV-EESP, 2009, p.10. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2611>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANZIAN, F; MENA, F; ALMEIDA, L. Super-ricos no Brasil lideram concentração de renda global. **Folha de São Paulo**, Brasil, 19 ago. 2019. Disponível em: <<https://temas.folha.uol.com.br/desigualdade-global/brasil/super-ricos-no-brasil-lideram-concentracao-de-renda-global.shtml>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 24ª Ed., 2008. Pp.58-87.

CARDOSO, Alessandro Mendes. **O Dever Fundamental de Recolher Tributos no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Edição do Kindle. Posição 1733.

CASTRO, José Roberto. O preço da riqueza. **UOL**. Brasil, 04 fev. 2020. Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/edicao/capitalismo/index.htm#tematico-9>>. Acesso em 04 fev. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2ªedição, 1998, pp.99-149.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: Ensaio Sobre a Sociedade Neoliberal**. Coleção Estado de Sítio. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Edição do Kindle, pp.79-289.

DUFOUR, Dany-Robert. **O Divino Mercado: a revolução cultural liberal**. Tradução Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008, p.133.

EDWARDS, Lee. **Ronald Reagan, a political biography**. Houston: Nordland Pub. International, 1980, p.288.

HOBBS, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). São Paulo: Abril Cultural, 1983. 3. ed. Col. Os Pensadores, cap. XV, p.____.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **O Custo dos Direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p.53.

INTERNATIONAL, Oxfam. **Nuestra misión, visión y valores**. _____, 2020. Disponível em: <<https://www.oxfam.org/es/que-hacemos/quienes-somos/mision-vision-valores>>. Acesso em jan. 2020.

JAGUARIBE, Hélio. **A Proposta Social-Democrata Na Atualidade Europeia, Hispano Americana E Brasileira**. Seminário Internacional sobre a Social-Democracia (Rio de Janeiro: 1987). Instituto de Estudos Políticos e Sociais. Organizador Hélio Jaguaribe. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989. pp. 245-259.

LEONHARDT, David. The rich really do pay lower taxes than you. **The New York Times**, New York, 6 out. 2019. Tradução nossa. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2019/10/06/opinion/income-tax-rate-wealthy.html?fbclid=IwAR20RBXbVV9mYszTRvJy9QuKZ_7y0JFnkutF_ChacQcUAU5Rzb2wp3drJEbI>. Acesso em: 11 fev. 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós Moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Tradução: Armando Braio Ara. Barueri, SP: Manole, 2005.

MARQUES, Paulo. **Elogio ao Imposto**. Coimbra (PT): Editora Coimbra, 2011, pp.51-80.

MARTINS, Carlos E. Consenso de Washington. In: LATINOAMERICA. **Enciclopédia**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<http://latinoamericana.wiki.br/verbetes/c/consenso-de-washington>>. Acesso em 01 fev. 2020.

MAZOWER, Mark. **Governar o Mundo: história de uma ideia: de 1815 até aos nossos dias**. Lisboa: Edições 70, 2017, pp.336-360.

MEDEIROS, Fabio Mauro. **Caderno de Finanças Públicas**. Brasília, n. 13, dez. 2013, pp. 249-271.

MISES, Ludwig von. O que realmente é a “sociedade”. **Mises Brasil**, _____: 16 dez. 2013. Parágrafos 2-3. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1764>>. Acesso em 19 out. 2019.

NABAIS, José Casalta. **A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os Deveres e os Custos dos Direitos**. Revista de Direito Mackenzie. Ano 3, n. 2, 2012. p. 9-30. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>>. Acesso em: 5 set. 2019.

_____. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos: Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo**. Teses de doutoramento. 4 reimpressões, Coimbra (PT): Almedina, 2015.

_____. Estudos de Direito Fiscal - Volume IV. **Por um Estado Fiscal Suportável**. Coimbra (PT): Almedina, 2015, pp.103-133.

_____. Sobre a Educação e Cidadania Fiscal. In: **Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional**. Ano 13- Nº 10/2019, pp.8-34.

NUNES, António José Avelãs. O Capitalismo é um corpo condenado a morrer! In: _____. **FIADA, Conversa** (Entrevista). Coimbra/Brasil, 2017. Disponível em: <<https://www.conversaafiada.com.br/economia/o-capitalismo-e-um-corpo-condenado-a-morrer>>. Acesso em 26 fev. 2020.

NOGUEIRA, Alberto. **A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.146.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2014, p.238.

PACIEVITCH, Thais. Plano Real. **InfoEscola**, Brasil: _____. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/economia/plano-real/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

PIKETTY, Thomas. Levar a Ideologia a Sério. In: UNISINOS. **“A desigualdade é ideológica e política”: extratos do novo livro de Thomas Piketty**. _____. 12 set. 2019. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/592400-a-desigualdade-e-ideologica-e-politica-extratos-exclusivos-do-novo-livro-de-thomas-piketty>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. **O Capital No Século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, Edição do Kindle. Posição 5319-5320.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado do Direito ao Estado Democrático do Direito**. Barueri, SP: Manole, 2013. Edição do Kindle, p.49.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pp.20-27.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores.

SANTIAGO, Júlio Cesar. **Solidariedade: como legitimar a tributação?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp.28-35.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. Brasil: Cia. Das Letras, 1995, p.2.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Companhia das Letras. Edição do Kindle, 2009.

SOUZA, Ademilson Lima de; FABRIZ, Daury César. O dever fundamental de promover a sustentação dos gastos públicos e a solidariedade social tributária: a cidadania contributiva como forma de realização dos direitos sociais. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v.21, n.108, jan./fev. 2013, p.59-86.

THATCHER, Margaret. **The Downing Street years**. Nova Iorque: Editora HarperCollins, 1993, p.626. (tradução livre)

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. _____: Companhia das Letras, 2012. Edição do Kindle, posição 2421-2422.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional. In: **20 Anos Da Constituição Brasileira**. São Paulo: 2009, pp.39-57.

SINPROFAZ, Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda. Sonegação no Brasil. **Uma Estimativa do Desvio da Arrecadação do Exercício de 2018**. Disponível em: <<http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos/sonegacao-no-brasil-uma-estimativado-desvio-da-arrecadacao-do-exercicio-de-2018>>. Acesso em: set. 2019

SOUZA, Ademilson Lima de; FABRIZ, Daury Cesar. O dever fundamental de promover a sustentação dos gastos públicos e a solidariedade social tributária cidadania contributiva como forma de realização dos direitos sociais. In: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Ano 21, v. 108, jan.-fev. 2013, pp.59-86.

ZANINI, Fábio. Produtora Brasil Paralelo revisa a história em filmes e livros com visão de direita. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 ago. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/08/produtora-brasil-paralelo-revisa-a-historia-em-filmes-e-livros-com-visao-de-direita.shtml?fbclid=IwAR3iXqGrWOXkaCUp2rJKOn2KORNx4so0hIorPuvLe6lLH5W35xlrGFYMIIdA>>. Acesso em: 04 fev. 2020.

O REGIME JURÍDICO DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

The legal regime of administrative covenants

Juliana de Oliveira Costa Gomes Sato¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Natureza Jurídica dos convênios administrativos. 2. Do regime jurídico dos convênios administrativos. 2.1. Previsão Constitucional, convênios públicos e convênios firmados com pessoa jurídica de direito privado. 2.2. Da necessidade de prévia licitação. 2.3. Da necessidade de prévia autorização legislativa. 2.4. Dos princípios jurídicos. 2.5. Do repasse de verbas públicas. 2.6. Do convênio sem sentido estrito e da Lei 13.019/2014 (Lei de parcerias e do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil). 3. Conclusões. Referências.

RESUMO

Os convênios administrativos possuem natureza contratual, embora demandem a adoção de regime jurídico próprio distinto dos contratos administrativos em sentido estrito, com interesses contrapostos. A existência de diversas modalidades de convênios administrativos torna necessária a correta identificação do instituto e o estudo da disciplina legal pertinente.

Palavras-chave: Contratos. Contratos administrativos. Convênios administrativos. Regime jurídico administrativo.

ABSTRACT

Administrative covenants are contractual in nature, although they require the adoption of a separate legal regime from administrative contracts in the strict sense. The existence of different types of administrative agreements makes it necessary to correctly identify the institute and study the relevant legal discipline.

Keywords: Administrative covenant, legal nature, administrative contract, types of administrative agreements.

INTRODUÇÃO

Na condução da gestão pública, o Administrador possui diversos instrumentos para a concretização do interesse público. Nesse sentido, o convênio administrativo constitui instituto bastante útil para a consecução desses objetivos.

Existe grande polêmica a respeito da natureza jurídica dos convênios administrativos, dividindo-se a doutrina entre os que defendem a ideia da natureza contratual, do ato administrativo composto ou modalidade do gênero acordo, do qual os contratos e os convênios seriam espécies. A distinção entre os contratos administrativos e os convênios é de suma importância, face o disposto no art. 116 da Lei 8666/93.

Saliente-se que a utilização do instrumento jurídico caracterizado como convênio administrativo está longe de ser considerada discricionária, sendo que a sua utilização inadequada é considerada como dispensa indevida de licitação.

¹ Procuradora do estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

A compreensão aprofundada da natureza do instituto, no caso, os convênios, permite compreender a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, mas nem por isso, nos isenta de dúvidas práticas de aplicação ou mesmo críticas às disposições vigentes.

1. A NATUREZA JURÍDICA DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS.

A natureza jurídica de um instituto não está vinculada a nomenclatura utilizada, mas ao seu próprio conteúdo². Desta forma, partimos da premissa de que o que deve ser analisado é a natureza jurídica do instituto, uma vez que a legislação pode conter imprecisões terminológicas.

Para a doutrina majoritária, os convênios constituem figura distinta dos contratos administrativos. Existe o gênero “acordo” do qual tanto os convênios como os contratos administrativos fazem parte. A diferença fundamental é que, nos convênios, não existiriam interesses contrapostos entre os partícipes, típico das relações contratuais. Ainda, se escoram no art.116 da Lei 8.666/93, que excepciona o tratamento dos convênios da disciplina aplicável aos contratos administrativos.

Segundo Hely Lopes Meirelles³, “convênio é acordo, mas não é contrato (STF, RTJ 141/619).” E prossegue:

No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; nos convênios, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço, etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes, com as mesmas pretensões. Por esta razão, no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.

Filia-se também a este entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “o convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.”⁴

De outro lado, alguns doutrinadores defendem a natureza contratual (embora peculiar) dos convênios administrativos. Os contratos administrativos seriam o gênero do qual os convênios e os contratos administrativos em sentido estrito seriam

² BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos**. 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018, p.29.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016 p. 511.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.379.

espécies. A exceção prevista no art.116 da Lei 8.666/93 não seria óbice para o reconhecimento da natureza contratual, uma vez que existem contratos administrativos com regramento próprio, exemplificando-se o contrato de concessão. Além disso, nem todos os contratos são constituídos com base em interesses contrapostos - como nos casos dos contratos societários. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵.

De acordo com Odete Medauar⁶, a própria dificuldade de se diferenciar os convênios dos contratos administrativos, per si, já demonstra que ambos os institutos são similares, pertencentes a mesma categoria contratual.

Por fim, para parte minoritária da doutrina, os convênios seriam “atos administrativos complexos”, espécies do gênero atos administrativos plurilaterais. Entretanto, tal não poderia ser aceito no direito brasileiro, uma vez que não é permitida a prática de ato administrativo por pessoa privada sem relação com a função administrativa.⁷

Dos conceitos acima, podemos afirmar que os convênios administrativos constituem acordo de vontades entre entes públicos ou públicos e privados para alcançarem objetivos comuns.

Para a doutrina majoritária, o acordo de vontades constitui gênero do qual tanto o convênio como o contrato administrativos e os consórcios são espécies⁸. Alguns doutrinadores defendem que os convênios possuem a essência de ato administrativo complexo, contudo, nos filiamos à corrente de que o convênio seria uma espécie do gênero *contrato administrativo*.

Frise-se que o elemento essencial do contrato administrativo não seriam vontades contrapostas, mas sim, o estabelecimento de obrigações recíprocas. Assim dispõe o art.2º, § único da Lei 8.666/96.

Mas, quais as características peculiares dos convênios que os diferenciaria dos contratos administrativos em sentido restrito?

Enquanto nos contratos administrativos os interesses são contrapostos, no convênio administrativo estes são comuns⁹. Assim, os partícipes compartilham objetivos institucionais e o resultado do ajuste será usufruído por todos os envolvidos.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015, p.686.

⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**, 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.238.

⁷ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.560.

⁸ “Ou seja, o convenio é uma espécie de contrato administrativo e a ele se aplicam algumas das regras próprias das contratações administrativas” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.306).

⁹ Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que os convênios também são chamados de ato coletivo, pois todos os participantes querem a mesma coisa (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.389).

Além disso, a ausência de prestação e contraprestação não impedem o estabelecimento de obrigações¹⁰ aos entes participantes, conjugadas para o objetivo comum. Conforme nos ensina Thiago Marrara¹¹, não há que se falar em prestação e contraprestação, mas somente em prestações, que visam o resultado comum:

Isso significa que as obrigações constantes de um convênio administrativo devam apontar seu caráter bilateral resultante da soma de esforços de todos os partícipes e cooperativo, em busca da consecução de metas e ações finais comuns. Daí porque não haveria espaço para se falar em prestação e contraprestação, mas tão somente em prestações. Não se entenda com isso, porém, um empecilho à natureza recíproca das obrigações previstas.

É importante salientar, no entanto, que, quando os interesses forem contrapostos, deve ser utilizado o instituto do contrato administrativo (sentido estrito). Nesse caso, não há qualquer discricionariedade por parte do Administrador, pois, face a exceção do art.116 da Lei 8.666/93, pode redundar em dispensa indevida de licitação. Nesse sentido, a orientação do E. Tribunal de Contas da União, no acórdão 1940/2015¹²:

A delegação a terceiros da prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares deve ser instrumentalizada por meio de contrato administrativo, haja vista a ausência, no objeto da relação jurídica, de interesses recíprocos e de regime de mútua cooperação.

Entretanto, uma diferença fundamental entre os institutos é que a prestação realizada não passa a compor o patrimônio jurídico da outra entidade conveniada. Conforme nos ensina Marçal Justen Filho, “diversamente se passa com a maioria dos

¹⁰ Todavia, com relação às obrigações de não fazer, o autor prossegue, afirmando serem incompatíveis com a essência dos convênios, devendo ser utilizadas somente em caráter excepcional: “As obrigações de não-fazer, no entanto, são geralmente incompatíveis com esse caráter construtivo ou sinérgico dos convênios administrativos, haja vista que exigem ou omissões ou, no mínimo, atos de tolerância, revelando-se como uma auto-restrição para o sujeito passivo da obrigação. Sendo assim, a inclusão de tais obrigações em convênios administrativos deve ter caráter excepcional.” (Op.cit., p.554).

¹¹ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.551-571, p.553.

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. (...) 1. A delegação a terceiros da prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares deve ser instrumentalizada por meio de contrato administrativo, haja vista a ausência, no objeto da relação jurídica, de interesses recíprocos e de regime de mútua cooperação; (...) 6. A receitas públicas advindas de contraprestação pecuniária ao contrato de prestação, em caráter de exclusivo, dos serviços de gestão financeira da folha de pagamento e de outros serviços similares integram o Orçamento Geral da União, devendo, assim, serem recolhidas à conta única do Tesouro Nacional e estarem previstas na Lei Orçamentária, em respeito aos princípios da universalidade orçamentária e da unicidade de caixa, presentes nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 4.320/64.” CONSULTA (CONS) 033.466/2013-0. Acórdão 1940/2015 (Plenário). Data da sessão 05/08/2015 Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo>. Acesso em 03/02/2020.

contratos administrativos, que apresentam cunho comutativo, as partes se valem da contratação para produzir a transferência entre si da titularidade de bens e interesses”.¹³

Segundo Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁴, ainda que os interesses forem convergentes, caso seja criada situação subjetiva de obrigações recíprocas, deve ser utilizado o instrumento do contrato administrativo estrito senso.

Frise-se que o convênio não contempla interesses lucrativos para nenhum dos partícipes, ao contrário dos contratos administrativos.¹⁶ O Tribunal de Contas da União, no acórdão 1175/2019¹⁷, decidiu pela inadequação de utilização de convênio cujo objeto constitui atividade-meio e preveja a respectiva remuneração, entendendo, que neste caso, deve ser celebrado contrato administrativo:

35. Conforme demonstrado, pretendeu-se, com a parceria, apenas a execução de atividades de organização e logística, isto é, de cunho meramente operacional para realização de eventos pela SID/MinC. Nesse contexto, considero as ocorrências graves, porque se intentou manejar um instrumento destinado ao atingimento de fins nobres, conforme previsto na Lei 9.790/1999, para afastar a aplicação da Lei 8.666/1993 e remunerar a entidade privada pela prestação dos já referidos serviços.

Outra diferença fundamental é que o objeto do convênio pode assumir diversas formas, diversamente dos contratos onde são prescritos o preço e a remuneração.¹⁸ Nos convênios, os objetivos comuns podem ser atingidos pelo repasse de verbas, tecnologia e recursos humanos, a título de exemplo.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.307.

¹⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012. p.243.

¹⁵ “Todas essas situações são caracterizadoras de situações jurídicas subjetivas, nas quais as regras criadas aplicam-se individualmente às pessoas envolvidas, tendo um objeto concretamente definido, cuja execução conduz naturalmente ao encerramento da relação jurídica. Ou, na já citada fórmula de DUGUIT, uma situação ‘concreta, individual e momentânea, que não foi criada pelo direito objetivo, que não existiria a cargo desse indivíduo por aplicação de uma regra qualquer de direito objetivo’” (Op.cit., p.244)

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 306.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União, acórdão 1175/2019 (plenário). “A celebração de termo de parceria para execução de serviços de atividades-meio, passíveis de serem licitados e prestados mediante contrato administrativo, não se coaduna com as finalidades previstas nos arts. 3º e 9º da Lei 9.790/1999 e configura fuga à *licitação*. A lei estabelece como objetivo dos termos de parceria celebrados com Oscips a prestação de serviços públicos à sociedade, ou seja, a prestação de atividades finalísticas do Estado à população.” Revisor: Augusto Sherman. Brasília-DF. Publicado em Boletim de Jurisprudência nº 266 de 10/06/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada> Acesso em 31/01/2020.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.309.

Como ressaltado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não há que se falar em cláusula de permanência obrigatória entre os entes conveniados¹⁹. Segundo Marçal Justen Filho²⁰, “o convênio pode ser denunciado por vontade unilateral da parte, mas este ato produzirá efeitos para o futuro, ou seja, não afetara direitos e obrigações existentes.”

Thiago Marrara²¹ nos ensina que as cláusulas sancionatórias não são adequadas a figura do convênio, ao contrário das cláusulas de mediação e arbitragem, que se ajustam ao seu caráter cooperativo:

A título de ilustração, a previsão de termos de ajustamento e conclusão de atividades, bem como cláusulas de mediação e arbitragem no tocante a solução de controvérsias que possam surgir são muito mais coerentes ao espírito do convênio do que as cláusulas de foro ou regras sancionatórias em favor de um ou outro partícipe. Nesta lógica, também são incompatíveis com os convênios quaisquer modalidades de cláusulas penais, garantias ou arras – comuns nos contratos privados.

Uma vez definida a sua natureza contratual, cabe analisar quais espécies de obrigações podem ser estabelecidas pelos convênios.

Thiago Marrara²² enfatiza, por sua vez, que as obrigações de dar somente seriam permitidas no limite necessário para a execução do objeto do convênio:

De outro lado, as obrigações de dar não poderão ser previstas além do necessário à consecução o objeto negociado nos convênios. Toda transferência de bens entre os partícipes que tenha por finalidade gerar vantagens econômicas sem correção com o objetivo de cooperação será ilegal, implicando enriquecimento ilícito de uma parte e desvio de finalidade de outra.

Obrigações de não fazer, em princípio, não parecem adequadas ao instituto dos convênios administrativos, pois têm como pressuposto lógico o esforço cooperativo para a consecução de resultados comuns.

Assim, convênios administrativos em sentido amplo²³ constituem todos os acordos de vontade de caráter cooperativo firmados pelo Poder Público entre as demais esferas de governo ou com entidades sem fins lucrativos, englobando, nesse conceito, os convênios administrativos em sentido estrito (previstos no art.116 da Lei 8.666/1993),

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 390.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.306.

²¹ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.555.

²² MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p. 554.

²³ MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.20.

os consórcios públicos, termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação, termos de parceria e contratos de gestão. Por sua vez, convênio administrativo em sentido estrito²⁴ seria o previsto no art. 116 da Lei 8.666/93.

Os consórcios públicos inserem-se como categoria especial de convênios administrativos. Isso porque embora possuam a mesma natureza jurídica contratual e cooperativa, os convênios administrativos, geralmente, não possuem personalidade jurídica, diversamente dos consórcios previstos na Lei 11.107/2002²⁵.

Conforme nos alerta Marçal Justen filho²⁶, a figura do consórcio, ao constituir novo sujeito de direitos e obrigações, é utilizada para estabelecer cooperações dotadas de permanência e estabilidade. Assim, os requisitos para a sua constituição demandam rigor para a sua formalização como a criação mediante lei (art. 5º da²⁷ Lei 11.107/2005).

Ressalte-se também que é vedado às pessoas jurídicas privadas a participação em consórcio público, assim como aos entes da Administração Pública Indireta, o que é permitido nas demais modalidades de convênio.

O consórcio público pode criar pessoa jurídica de direito privado. Celso Antônio Bandeira de Mello critica essa possibilidade²⁸:

Não é difícil perceber que quando tiverem personalidade de Direito Público, serão autarquias intergovernamentais e quando tiverem personalidade de Direito Privado serão empresas públicas; portanto, ainda que a lei não o diga, neste caso, também farão parte da Administração Indireta, porém, apenas da entidade governamental que detiver a maioria acionária.

Por fim, a Lei 13.822/2019, que alterou o §2º do art. 6º da Lei 11.107/2002, tornou expressa a obrigatoriedade de todos os consórcios, seja com personalidade

²⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR*, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.22.

²⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.241.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.310.

²⁷ Art. 5º O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções.

§ 1º O contrato de consórcio público, caso assim preveja cláusula, pode ser celebrado por apenas 1 (uma) parcela dos entes da Federação que subscreveram o protocolo de intenções.

§ 2º A ratificação pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscretores, implicará consorciamento parcial ou condicional.

§ 3º A ratificação realizada após 2 (dois) anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público.

§ 4º É dispensado da ratificação prevista no caput deste artigo o ente da Federação que, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015, p.687.

jurídica de direito público ou de direito privado a observância das normas de Direito público concernentes à licitação para a celebração de contratos administrativos, à prestação de contas, bem como a contratação do pessoal pelo regime da CLT:

§ 2º O consórcio público, com personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Redação dada pela Lei nº 13.822, de 2019)

Quanto aos contratos de gestão, Marçal Justen Filho²⁹ afirma que devem ser diferenciados os contratos de gestão internos, firmados entre os integrantes da Administração Pública, e os contratos de gestão externos, que envolvem entidades do terceiro setor. Frise-se que, com a edição da Lei 13.934/2019, os “contratos de gestão interno” passaram a ser denominados “contratos de desempenho”.

Assim, antes da inovação legal, os “contratos de gestão internos” eram aqueles previstos no art.51, II da Lei 9.649/1998, realizados com as autarquias e fundações qualificadas como “agências executivas”:

Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

(...)

II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

(...)

De acordo com Paulo Modesto³⁰, com a vigência da Lei 13.934/2019³², ampliaram-se as hipóteses de celebração dos contratos de desempenho no âmbito da Administração Federal, não mais restritas às “agências executivas”:

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.312.

³⁰ MODESTO, Paulo. **Contrato de Desempenho e Organização Administrativa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-19/interesse-publico-contrato-desempenho-organizacao-administrativa>. Acesso em: 17/02/2020.

³¹ O Autor, ainda, critica a Lei 13.934/2019 ao afirmar que não vislumbrou as empresas estatais e sociedades de economia mista. Ainda, tem aplicação restrita ao âmbito federal: “A Lei 13.934/2019 restringe a sua aplicação, por igual, aos órgãos e entidades da União. Mais ainda: deixa de fora as empresas estatais e sociedades de economia mista, limitando-se a administração pública federal direta de qualquer dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais. O Projeto de Lei do Senado (PLS) 459 era abrangente, predispondo-se a regulamentar o artigo 37, § 8º, da Constituição Federal.” (*op.cit.*)

³² Art. 1º Esta Lei regulamenta o contrato referido no § 8º do art. 37 da Constituição Federal, denominado “contrato de desempenho”, no âmbito da administração pública federal direta de qualquer dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais.

A grande novidade - semelhante em alguns aspectos a inovações pouco desenvolvidas no instituto das Agências Executivas - é que a regulamentação do contrato de desempenho autoriza para amplo segmento de entidades e órgãos *mecanismo flexível para modificar-se o regime de funcionamento e vinculação de órgãos e entidades públicas mediante um simples ato administrativo de aprovação do acordo*. O acordo em si não é inovador da ordem jurídica ou equivalente à lei, mas funciona como mecanismo de enquadramento da entidade em regime jurídico especial, abstratamente e previamente assinalado em lei, ou em regulamento, nesta última hipótese quando em causa matéria legitimamente sublegal.

Segundo Marçal Justen Filho³³, esses “contratos de gestão internos” (atualmente denominados de “contrato de desempenho”) não possuem natureza contratual. Eles visam a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira conforme prescrito pelo §8º³⁴ do art. 37 da CF/88. A expressão também consta do art.12³⁵ da Lei 12.897/2013.

Por sua vez, o contrato externo de gestão “consiste numa modalidade de convênio público, subordinado às regras específicas e diferenciadas³⁶”. Esse tipo de avença pode resultar na delegação de um serviço público à organização social. Ressalte-se que, como espécie de convênio, não tem por objetivo o lucro de um dos partícipes, ao contrário do contrato de concessão. Esses contratos de gestão são disciplinados pela Lei 9.637/1988 que assim dispôs:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como

Art. 2º Contrato de desempenho é o acordo celebrado entre o órgão ou entidade supervisora e o órgão ou entidade supervisionada, por meio de seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais.

(...)

³³ “O contrato de gestão praticado entre os integrantes da Administração Pública – basicamente aquele previsto para a atribuição da qualificação como agência executiva no e no âmbito dos serviços sociais impróprios – não apresenta natureza contratual. É um instrumento pactuado entre entidades integrantes da Administração Pública, visando reduzir a intensidade do controle interno. O instrumento prevê metas e procedimentos a serem adotados no âmbito de certa entidade” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.312).

³⁴ (...)

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

(...)

³⁵ Art. 12. A Anatel firmará contrato de gestão com o Poder Executivo federal para execução das finalidades previstas nesta Lei.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.313.

organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷, o contrato de gestão interno (ho-diernamente denominado “contrato de desempenho”) amplia a autonomia das partes no âmbito da Administração Pública. Diversamente, o contrato de gestão externo, justamente as restringe:

O contrato de gestão, quando celebrado com entidades da Administração Indireta, tem por objetivo ampliar a sua autonomia; porém, quando celebrado com organizações sociais, restringe a sua autonomia, pois, embora entidades privadas, terão que sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão.

Os termos de parceria são regulamentados pela Lei 9.790/99:

Art. 9º - Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

De acordo com Marçal Justen Filho³⁸, os termos de parceria também constituem modalidade de convênio sujeito a regramento próprio: “o termo de parceria é previsto na Lei 9.790/1999, que dispõe sobre as OSCIPs. Tal como o contrato de gestão, o termo de parceria prevê uma modalidade de convênio, que existe a cooperação entre as partes para o fomento e execução de atividades de interesse coletivo”.

A grande diferença entre as organizações sociais (OS) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) é que, conforme nos ensina Maria Sylvia Zanella DI Pietro³⁹, “a OS recebe ou pode receber delegação para a gestão de serviço público, enquanto a Oscip exerce atividade de natureza privada, com ajuda do Estado.” A jurista prossegue afirmando que, para celebrar parcerias com a Administração, a Organização Social deve firmar o Contrato de Gestão e a Oscip⁴⁰, o termo de parceria.

Portanto, o instrumento adequado para a celebração de convênio (sentido amplo) com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) são os termos de parceria previstos na Lei 9.790/1999.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.379.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.314.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.650.

⁴⁰ A qualificação como Oscip é feita nos termos da Lei 9.790/2014, independentemente da avença de parceria celebrada com o Poder Público, ao contrário das Organizações Sociais, cuja qualificação é dada à entidade que firmar o contrato de gestão com a Administração (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.652).

2. DO REGIME JURÍDICO DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

2.1. Previsão constitucional, convênios públicos e convênios firmados com pessoa jurídica de direito privado

A depender de como vislumbramos a natureza jurídica do convênio, o tratamento constitucional diverge. Isso porque, nos termos do art. 22 da CF/88 cabe à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública.

Ora, se conceituarmos o convênio como espécie de contrato administrativo, caberá logicamente à União definir suas normas gerais, através de Lei Nacional. Essa Lei Nacional seria a Lei 8.666/93 (*no que couber*), face ao disposto no art. 116.

Para os que negam a natureza contratual dos convênios, prevalece a autonomia dos entes federativos para estabelecerem suas próprias normas. Qualquer legislação nesse sentido, seria Lei Federal e não Lei Nacional. Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira⁴¹:

Em consequência, ausente norma constitucional que contemple a prerrogativa de fixação de normas gerais, por parte da União, para os convênios, a conclusão é no sentido de reconhecer a autonomia federativa dos entes para estabelecerem as suas próprias normas, na forma do art. 18, CRFB.

A Constituição Federal previu inicialmente, de forma implícita, os convênios firmados entre os entes públicos no art.23, quando dispôs a respeito de leis complementares que fixariam normas visando a cooperação para atividades de competência comum.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essa lei complementar mencionada pelo art.23 seria de natureza concorrente (art.24 da CF/88). Com o advento da Emenda Constitucional 19/1998 o instituto dos convênios firmados entre os entes públicos também passou a figurar expressamente no art. 241.⁴²

Assim, a Lei complementar 11.107/2005 disciplinou os consórcios públicos. Os convênios em sentido estrito celebrados entre as entidades públicas devem obedecer ao art. 116 da Lei 8666/93.

Saliente-se que por falta da menção expressa do art.23 da CF/88, parte da doutrina passou a entender que não existiria a possibilidade de celebração de convênio com entidades privadas. Contudo, tal posicionamento se distanciava da própria prática administrativa, como observa Sidney Bittencourt⁴³:

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O novo marco regulatório das parcerias entre a administração e as organizações da sociedade civil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n.46, p.13.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.381.

⁴³ BITTENCOURT, Sidney. *Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos*, 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018, p.31.

Data vênia, consideramos que essa teoria ergue-se sobre pilares frágeis, porquanto, além da própria prática, que já desenvolve convênios de toda a ordem entre os entes públicos e organizações privadas, verifica-se que, apesar da Constituição Federal inicialmente, não se referir expressamente (em termos nominados) aos convênios, já fomenta a sua formação com cooperação associativa, consoante se verifica na apreciação do parágrafo único de seu art.23, perseguindo, não só a compatibilização de atuação entre os entes federativos, como determinado, às claras, a harmonia dos atos de cooperação de uns com os outros, desde que se consiga evitar conflitos de orientações, sempre alvitando o alcance do bem-estar da população.

A ideia não prevalece, uma vez que o próprio art. 199, parágrafo primeiro também prevê expressamente a participação das instituições privadas no Sistema Único de Saúde mediante convênio.

Além disso, como mencionado por Sidney Bittencourt⁴⁴, já existiu a previsão constitucional dos convênios na Constituição de 1967⁴⁵, bem como no Decreto-Lei 200/67⁴⁶. O advento da Lei 13.019/2014 apenas reforça essa possibilidade.

O convênio entre o poder público e as entidades privadas é permitido, no entanto, somente com pessoas *sem fins lucrativos*. Caso contrário, os interesses não seriam comuns, mas contrapostos. Conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷:

⁴⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos**, 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018, p.32.

⁴⁵ Art.8º - Compete à União:

(...)

§ 1º - **A União poderá celebrar convênios com os Estados** para a execução, por funcionários estaduais, de suas leis, serviços ou decisões.

(...) (Grifei)

⁴⁶ Art. 9º Os órgãos que operam na mesma área geográfica serão submetidos à coordenação com o objetivo de assegurar a programação e execução integrada dos serviços federais.

Parágrafo único. Quando ficar demonstrada a inviabilidade de celebração de **convênio** (alínea b do § 1º do art. 10) com os órgãos estaduais e municipais que exerçam atividades idênticas, os órgãos federais buscarão com eles coordenar-se, para evitar dispersão de esforços e de investimentos na mesma área geográfica. (Grifei)

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

(...)

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante **convênio**;

(...) (Grifei)

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015, p.687, p.689.

Segundo entendemos, só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem pessoas sem fins lucrativos. Com efeito, se a contraparte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois, independentemente da caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento.

Em sentido diverso, Thiago Marrara⁴⁸ entende ser possível o convênio com pessoa jurídica com fins lucrativos, considerando a popularização da ideia de responsabilidade social:

Finalmente, deve-se notar que não há empecilho legal, a priori, em relação à celebração de convênio com pessoa jurídica de Direito Privado que tenha intuito lucrativo. A predominância das atividades lucrativas, por exemplo, das empresas, não as impossibilita de praticar outras de caráter cooperativo com a Administração Pública, principalmente, com a popularização da ideia de responsabilidade social.

2.2. Da necessidade prévia de licitação

Discute-se a respeito da obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório à celebração dos convênios administrativos. Note-se, de plano, que o art. 116 da Lei de Licitações determina a aplicação daquela lei aos convênios, no que “couber”, deixando vago a respeito da necessidade de realização do procedimento.

Frise-se que não há que se falar em obrigatoriedade de licitação para a celebração de consórcios públicos, considerados por alguns autores como convênio em sentido amplo. Nesse sentido, vale transcrever as considerações de Odete Medauar⁴⁹:

Nos consórcios entre os Municípios ou que envolvem outros entes estatais, o grau de especificidade do objeto é tão significativo que seria incabível cogitar-se de licitação. As mesmas ponderações se aplicam aos convênios entre entidades ou órgãos da Administração, em especial, aos convênios entre universidades nacionais e universidades estrangeiras.

De qualquer forma, muitas vezes a licitação não será obrigatória considerando a própria matéria objeto do ajuste, que possibilitará a adesão múltipla ao convênio. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁰.

⁴⁸ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.100, jan/dez 2005, p.559.

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 14^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p..239.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.383.

Por outro lado, no caso de celebração de convênios com entidades particulares que não sejam abertos a ampla participação, a doutrina se divide a respeito da obrigatoriedade ou não do procedimento licitatório.

Segundo Thiago Marrara, a licitação seria desnecessária, mas por hipótese natural de inexigibilidade licitatória⁵¹.

Em sentido contrário, Odete Medauar⁵² pondera que, “no entanto, se a Administração pretende realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos, deverá ser realizada licitação ou se abrir a possibilidade de conveniar sem limitação, atendidas as condições fixadas genericamente”.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³ também defende a realização do procedimento licitatório em respeito ao *princípio da igualdade*, ao afirmar que:

Para travar convênios com entidades privadas – salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas – o sujeito público terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade.

Assim, considerando que a conduta da Administração Pública deve estar pautada pelos princípios expostos no art. 37, *caput*⁵⁴ da CF/88, é necessário justificar a sua escolha do partícipe. Nesse sentido, vale a reflexão realizada por Thiago Marrara, para que, havendo pluralidade de possibilidades sem a pessoalidade própria dos convênios, o correto seria aderir à figura dos contratos administrativos, através da licitação e da Lei 8.666/93:⁵⁵

Deve-se advertir, contudo, que, havendo possibilidade clara de competição pelo baixo grau de pessoalidade, que recai sobre as obrigações ajustadas, mais correto seria ignorar a figura do convênio e abrir procedimento para a celebração de contrato administrativo em sentido estrito, nos termos integrais da Lei 8666/93.

Contudo, o entendimento majoritário é de que o procedimento licitatório, em si, não é obrigatório, face a predominância da doutrina que não concebe a natureza contratual dos convênios, entendendo-se, todavia, que deve ser realizado um processo mais simplificado, embora objetivo, para a escolha da entidade conveniada.

⁵¹ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.566.

⁵² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.239.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015, p.687, p.689.

⁵⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)

⁵⁵ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.567.

A Advocacia Geral da União, através da orientação Normativa nº 31, de 15 de abril de 2010⁵⁶ reafirmou o entendimento ao estabelecer que “a celebração de convênio com entidade privada sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público. Nos casos em que não for realizado tal procedimento deverá haver fundamentação”.

O Decreto 6.170/2007 que trata dos contratos de repasse e convênios celebrados pela União para a execução de programas, projetos e atividades oriundas do orçamento fiscal e seguridade social prevê o “chamamento público”, instituto mais simplificado que o procedimento licitatório.

O instituto está previsto no art. 4º do Decreto 6.170/2007 que determina que “a celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.”

Ainda, no que concerne as contratações efetuadas em decorrência do repasse de recursos públicos, o art. 11 do Decreto 6170/2007 determinou a observância dos princípios administrativos da impessoalidade, moralidade e economicidade e dispôs sobre a necessidade de realizar, no mínimo, a cotação prévia dos preços no mercado.

Note-se que, no que concerne aos convênios com entidades que recebam recursos da União, o Decreto 5.504/2005 dispõe a respeito da obrigatoriedade do procedimento licitatório.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁷, face a divergência de disposições a respeito do procedimento licitatório, é forçoso reconhecer que o Decreto 6.170/2007 revogou tacitamente o Decreto 5.504/2005 no que se refere a obrigatoriedade do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns. A observância dos princípios administrativos e a cotação prévia dos preços no mercado seriam suficientes nos termos do art. 11 do Decreto 6.170/2007:

Em consequência, pode-se entender que o Decreto 5.504/2005 ficou implicitamente revogado na parte em que conflita com o artigo 11 do Decreto 6170/2007, ou seja, na parte em que impõe licitação sob a modalidade de pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns com verbas repassadas pela União; basta que sejam observados os princípios da Administração e a cotação prévia de preços no mercado.

O Tribunal de Contas da União, no acórdão 7231/2017⁵⁸ entendeu que as entidades privadas conveniadas que recebam recursos públicos não necessitam

⁵⁶ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/248638>, acesso em 29/01/2020.

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.386.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 7231/2017 (Plenário). A partir da edição do Decreto 6.170/2007, afastou-se a obrigatoriedade, por parte das entidades privadas que gerem recursos públi-

realizar licitação, mas podem dispor de procedimentos simplificados, observando os princípios administrativos da legalidade, moralidade, igualdade, legalidade e eficiência administrativa elencados art.37, *caput* da CF/88.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1864/PR⁵⁹ também se manifestou expressamente a respeito da desnecessidade do procedimento licitatório formal para as entidades conveniadas, conforme consta no acórdão lavrado pelo Ministro Joaquim Barbosa:

cos mediante *convênio*, contrato de repasse ou termo de execução descentralizada, da observância dos procedimentos licitatórios exigíveis para a Administração Pública direta e indireta. Nas contratações com recursos da União, exige-se-lhes a observância dos princípios da *impressoalidade*, da moralidade e da economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração de contrato (art. 11 do Decreto 6.170/2007). Relator: Augusto Nardes. Publicado em Boletim de Jurisprudência n.186 de 04/09/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/jurisprudencia-selecionada>. Acesso em 31/01/2020.

⁵⁹ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EDUCAÇÃO. ENTIDADES DE COOPERAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 11.970/1997 DO ESTADO DO PARANÁ. PARANAEDUCAÇÃO. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. RECURSOS PÚBLICOS FINANCEIROS DESTINADOS À EDUCAÇÃO. GESTÃO EXCLUSIVA PELO ESTADO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Na sessão plenária de 12 de abril de 2004, esta Corte, preliminarmente e por decisão unânime, não conheceu da ação relativamente à Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação-CNTE. Posterior alteração da jurisprudência da Corte acerca da legitimidade ativa da CNTE não altera o julgamento da preliminar já concluído. Preclusão. Legitimidade ativa do Partido dos Trabalhadores reconhecida. 2. O PARANAEDUCAÇÃO é entidade instituída com o fim de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, tendo como finalidades a prestação de apoio técnico, administrativo, financeiro e pedagógico, bem como o suprimento e aperfeiçoamento dos recursos humanos, administrativos e financeiros da Secretaria Estadual de Educação. Como se vê, o PARANAEDUCAÇÃO tem atuação paralela à da Secretaria de Educação e com esta coopera, sendo mero auxiliar na execução da função pública - Educação. 3. A Constituição federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO. 4. A contratação de empregados regidos pela CLT não ofende a Constituição porque se trata de uma entidade de direito privado. No entanto, ao permitir que os servidores públicos estaduais optem pelo regime celetista ao ingressarem no PARANAEDUCAÇÃO, a norma viola o artigo 39 da Constituição, com a redação em vigor antes da EC 19/1998. 5. Por fim, ao atribuir a uma entidade de direito privado, de maneira ampla, sem restrições ou limitações, a gestão dos recursos financeiros do Estado destinados ao desenvolvimento da educação, possibilitando ainda que a entidade exerça a gerência das verbas públicas, externas ao seu patrimônio, legitimando-a a tomar decisões autônomas sobre sua aplicação, a norma incide em inconstitucionalidade. De fato, somente é possível ao Estado o desempenho eficaz de seu papel no que toca à educação se estiver apto a determinar a forma de alocação dos recursos orçamentários de que dispõe para tal atividade. Esta competência é exclusiva do Estado, não podendo ser delegada a entidades de direito privado. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 19, § 3º da lei 11.970/1997 do estado do Paraná, bem como para dar interpretação conforme à Constituição ao artigo 3º, I e ao artigo 11, incisos IV e VII do mesmo diploma legal, de sorte a entender-se que as normas de procedimentos e os critérios de utilização e repasse de recursos financeiros a serem geridos pelo PARANAEDUCAÇÃO podem ter como objeto, unicamente, a parcela dos recursos formal e especificamente alocados ao PARANAEDUCAÇÃO, não abrangendo, em nenhuma hipótese, a totalidade dos recursos públicos destinados à educação no Estado do Paraná. (Grifei) ADI 1864, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2007, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-01 PP-00089 RTJ VOL-00204-02 PP-00535). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1721389>. Acesso em 04/02/2020.

A Constituição federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO.

(...)

Com efeito, conforme já mencionado, o PARANAEDUCAÇÃO tem natureza jurídica de direito privado. Assim, mesmo desempenhando uma atividade jurídica de cooperação na prestação de serviços de educação, entendendo que não está obrigado à contratação de funcionários públicos sob o regime jurídico próprio dos servidores públicos. Desse modo, por ser pessoa de direito privado, pode contratar empregados sem a realização de concurso público e regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, considerando o efeito vinculante do julgamento da ADI 1864 tem-se a questão por encerrada, o que torna obrigatório a observância dos princípios administrativos, mas não do procedimento licitatório formal pelas entidades conveniadas.

Por fim, convém salientar que, aos convênios, aplica-se a Lei 8.666/93 *no que couber*. Portanto, é vedado o estabelecimento de acordo verbal, conforme disposto no art. 60⁶⁰ da referida lei.

2.3. Da necessidade de prévia autorização legislativa

Debate-se a respeito da obrigatoriedade de autorização legislativa para a celebração de convênios.

Para Odete Medauar, essa autorização pode ser genérica, prevista nas Constituições Estaduais e nas Leis orgânicas.⁶¹

Por sua vez, Marçal Justen Filho entende que essa autorização seria desnecessária, quando afirma: “assim, e apenas para exemplificar, a criação do consórcio depende de autorização legislativa (envolvendo cada um dos entes associados), o que não é demandado para a pactuação de um convênio”⁶²

⁶⁰ Art.60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a” desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

⁶¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.239.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.310.

Todavia prevalece na doutrina brasileira a ideia da dispensa de prévia autorização legislativa em face do controle posterior dos convênios pelos Tribunais de Conta.

Como alerta Thiago Marrara⁶³, “a fiscalização pelos Tribunais de Contas seria, portanto, espécie de controle legislativo, não havendo que se falar de outro com a mesma função sob o risco de se afrontar a eficiência e a razoabilidade que se espera do Estado”.

Assim, considerando que o convênio pode assumir diversas formas, entendemos que quando a avença envolva repasse de verbas públicas, deve existir a autorização legislativa, ainda que realizada de forma genérica. Isso porque deve estar previsto em Lei Orçamentária.

No Estado de São Paulo, o Decreto Estadual 59.215/2013 determina que os convênios a serem celebrados no âmbito estadual dependem de autorização governamental, exceto quando subscrito pelo chefe do Poder Executivo ou que não prevejam repasse de recursos (materiais ou financeiros). Ressalte-se, ainda, que, quando há repasse de recursos não previstos em lei orçamentária, a celebração do convênio depende de autorização da Assembleia Legislativa.

Observe-se que a Lei 11.107/2005 prevê que o contrato de consórcio será celebrado com ratificação em lei, dispensada quando houver prévia lei geral disciplinando referidas relações.

Por sua vez, o §2º do art.166 da Lei 8.666/1993 dispõe que, “assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.”

2.4. Dos princípios jurídicos

Os convênios administrativos são regidos pelos princípios que pautam a atividade administrativa, conforme disposto no art. 37, *caput* da CCF/88, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ainda vale frisar que dispõe expressamente art.11 do Decreto 6.170/2007:

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios **da impessoalidade, moralidade e economicidade**, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato. (Grifei)

Além disso, de acordo com o regramento do processo administrativo federal, a Administração sempre deverá se ater aos princípios da legalidade, finalidade,

⁶³ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.100, jan/dez 2005, p.568.

motivação, segurança jurídica, razoabilidade, proporcionalidade, interesse público e a eficiência. Segundo Sidney Bittencourt⁶⁴,

Ademais, o art.2º do Decreto n.9784/99, que regulamente o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que o Poder Público sempre deverá obedecer, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, segurança jurídica, razoabilidade, proporcionalidade, interesse público e eficiência.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁵, o convênio público não é instrumento adequado de delegação do serviço público, mas sim, como atividade de fomento. No mesmo sentido, Irene Patrícia Nohara⁶⁶, ao comentar a Lei 13.019/2014 afirma que a atividade do terceiro setor deve ser complementar à do Estado, mas jamais substitutiva:

Logo, mesmo que o terceiro setor mereça todo o incentivo do Poder Público, ainda sim, ele deve conviver e complementar tarefas do Estado, mas jamais ser visto como apto a substituir a Administração Pública, que tem um compromisso permanente com a prestação de serviços públicos que veiculam a realização de inúmeros direito fundamentais.

Ressalte-se que a Lei 13.019/2014 (art.40) dispõe que é vedada a celebração das parcerias (a lei trata dos termos de fomento, termos de colaboração e acordos de colaboração) que tenham por objeto a delegação de funções de regulação, fiscalização, exercício de poder de polícia ou outras atividades exclusivas do Estado.

O Tribunal de Contas da União, no acórdão 1940/2015⁶⁷, entendeu que a delegação em caráter exclusivo de serviços mediante remuneração implica na adoção da figura contratual, sendo inadequada a utilização dos convênios.

2.5. Repasse de verbas públicas

Quando o convênio envolver o repasse de verbas públicas, será atribuída algumas peculiaridades ao regime jurídico.

⁶⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos**. 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018, p.39.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.381.

⁶⁶ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 718.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1940/2015 (Plenário). Consulta 033.466/2013-0. A delegação a terceiros da prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares deve ser instrumentalizada por meio de contrato administrativo, não se admitindo a utilização de convênios ou instrumentos similares, haja vista a ausência, no objeto da relação jurídica, de interesses recíprocos e de regime de mútua cooperação. Relator Walton Alencar Rodrigues. Data da Sessão:05/08/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/jurisprudencia-selecionada>. Acesso em 31/01/2020.

Os convênios de natureza financeira são definidos pelo Decreto 6170/2007 como acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos públicos e que tenha como partícipe de um lado, a Administração Pública e de outro, poder público estadual, distrital ou municipal ou entidades privadas sem fins lucrativos, visando a realização de interesse recíproco em colaboração.

Sidney Bittencourt⁶⁸ entende que o art.116 da Lei 8666/93 somente se aplica a esta espécie de convênios, de natureza financeira:

Insta também ressaltar que o aplicador das regras dispostas deve se preocupar em avaliar, com esmero, o tipo de convênio que ajustará, dada a necessidade de distinguir entre as duas espécies do gênero convênio os de natureza financeira, e os tradicionais, apenas de colaboração, nos quais inexistente a ocorrência da transferência de recursos mas tão somente a cooperação mútua dos partícipes.

Incontestavelmente, este art.116 só deve ser adotado integralmente quando o convênio a ser celebrado se enquadrar na espécie de natureza financeira.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o art.116 visa controlar os recursos repassados por meio de convênio, uma vez que não perdem a qualidade de verba pública, sujeitando, inclusive, o Administrador ao controle financeiro do art.70 da CF/88⁶⁹.

Os convênios de natureza financeira envolvem o repasse de recursos públicos através de “transferência voluntária” (em sua maior parte), definida pelo art.25 da Lei Complementar 101/2000 como “a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.”

Segundo Fernando Borges Mânica, “as transferências de capital podem ocorrer a título de auxílios, que são previstos e disciplinados diretamente na legislação orçamentária, e a título de contribuição de capital, previstas e disciplinadas em lei especial”.⁷⁰

Ainda segundo o Autor⁷¹, “os convênios público-privados em sentido estrito envolvem o repasse de recursos públicos a entidades privadas, os quais independem de contraprestação específica e podem ser aplicados em despesas de custeio ou de capital, conforme previsão orçamentária específica.” Contudo, esse repasse é realizado

⁶⁸ BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos**. 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018, p.73.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.382.

⁷⁰ MÂNICA, FERNANDO BORGES. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.26.

⁷¹ MÂNICA, FERNANDO BORGES. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.26.

através de transferências, que não demandam contraprestação, conforme a própria essência do instituto.⁷²

Note-se ainda que, face ao teor do art.6º⁷³ da Lei 4.320/1964, todas as despesas devem constar na lei orçamentária, vedadas quaisquer deduções.

Frise-se que, segundo o art.35, II da Lei 13.019/2014, é necessário a demonstração de dotação orçamentária.

Segundo Sidney Bittencourt⁷⁴, os partícipes de convênio beneficiários dos repasses de recursos públicos devem prestar contas de sua regular aplicação. Parte desse procedimento consiste na avaliação da conformidade financeira. Por outro lado, também são julgados os aspectos técnicos, que consubstanciam o alcance dos resultados almejados:

De acordo com os incs XXV e XXVI do §1º da Portaria 424/2016, a prestação de contas se subdivide em duas formas: financeira e técnica. A primeira, configurando procedimento de acompanhamento sistemático da conformidade financeira, considerando o início e o fim da vigência dos instrumentos; e a segunda, de análise dos elementos comprovadores, sob os aspectos técnicos, da execução integral do objeto e do alcance dos resultados previstos nos instrumentos.

No âmbito da União, quando o convênio envolver o repasse de recursos públicos, está sujeito a fiscalização e controle pelo Tribunal de Contas da União, conforme prescreve o art.71, VI⁷⁵ da CF/88. No mesmo sentido, os arts.32 e 33⁷⁶ da

⁷² “Uma das principais semelhanças entre elas, no que tange a seu vínculo com o Estado, consiste na natureza do repasse de recursos públicos, que é tido como ‘transferências’. Como visto acima, as transferências, normalmente denominadas de ‘transferências voluntárias’, podem ser de diversas espécies e finalidades, mas todas têm como ponto em comum a inexistência de contraprestação específica em bens ou serviços” (MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR*, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.27).

⁷³ Art. 6º Todas as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais, vedadas quaisquer deduções.

§ 1º As cotas de receitas que uma entidade pública deva transferir a outra incluir-se-ão, como despesa, no orçamento da entidade obrigada a transferência e, como receita, no orçamento da que as deva receber.

§ 2º Para cumprimento do disposto no parágrafo anterior, o cálculo das cotas terá por base os dados apurados no balanço do exercício anterior aquele em que se elaborar a proposta orçamentária do governo obrigada a transferência.

⁷⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos**. 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018, p.180.

⁷⁵ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

(...)

⁷⁶ Artigo 32 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, das entidades da administração direta e indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Públi-

Constituição do Estado de São Paulo determina que qualquer pessoa, física ou jurídica que receba recursos públicos deve prestar contas ao Poder Legislativo, através do Tribunal de Contas do Estado.

Quando o convênio envolver o repasse de recursos públicos, a entidade conveniada obriga-se a seguir as diretrizes firmadas pelo repassador. O Tribunal de Contas da União⁷⁷, inclusive, entendeu pela impossibilidade de alegação da autonomia do princípio federativo como justificativa para o não cumprimento dessas regras:

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos contra o acórdão 1.527/2012 - Plenário, prolatado em tomada de contas especial originada da conversão de processo de representação que noticiava irregularidades na aplicação de verbas federais transferidas, mediante convênios e termos de parceria, à Secretaria de Estado da Educação de Sergipe. Dentre as irregularidades, em síntese, figuravam a dispensa ou utilização de modalidade indevida em processos licitatórios, o direcionamento e a fraude à licitação e o superfaturamento de algumas contratações.

[...]

13. Ao refutar mais um argumento recursal, destaco que, ao lidar com recursos originários de convênios celebrados com a União, de forma contrária ao que afirma o recorrente, estabeleceu-se a obrigação de que a Secretaria de Estado da Educação seguisse as regras de aplicação estabelecidas pelo repassador, a exemplo dos decretos e instruções normativas explicitamente mencionadas nos instrumentos de repasse. Não há, nesse caso, que se invocar a independência e autonomia do ente federativo estadual.

O Tribunal de Contas da União, ainda, através da Súmula TCU 286⁷⁸ entende que persiste a responsabilidade solidária da entidade de direito privado pelos danos ao erário decorrentes da utilização dos recursos públicos repassados:

co, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único - Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Artigo 33 - O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

(...)

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. “Ao utilizar recursos originários de convênios celebrados com a União, estabelece-se a obrigação de a pessoa jurídica de direito público interno seguir as regras de aplicação estabelecidas pelo repassador. Nesses casos, não há que se invocar a autonomia do ente federativo.” Processo 010.514/2008-2. Acórdão 65/2014 (Plenário). Relator: Ana Arraes. Data da sessão: 22/01/2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada>. Acesso em 03/02/2020

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. “A pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde soli-

A pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde solidariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos.

2.6. Do convênio em sentido estrito e da Lei 13.019/2014 (Lei de parcerias - do marco regulatório das organizações da sociedade civil).

A Lei 13.019/2014 dispõe sobre parcerias com organizações não governamentais, prescrevendo regras específicas. Contudo, como nos alerta Marçal Justen Filho, “deve-se ter em vista que, apesar disso, essas convenções também apresentam a natureza jurídica de convênio, entendida a expressão num sentido amplo”.⁷⁹

Faz-se necessário, ainda, diferenciar os convênios em sentido amplo e os convênios em sentido estrito, em razão, sobretudo, das disciplinas legais específicas.

Segundo Fernando Borges Mânica, “em sentido amplo, trata-se de uma categoria jurídica da qual fazem parte todas as modalidades de parceria com o terceiro setor existentes no Brasil.”⁸⁰⁻⁸¹ Assim, neste conceito, estariam incluídos os Convênios em sentido estrito (art. 116 da Lei 8.666/1993), os Termos de Colaboração, Termos de Fomento, Acordos de Cooperação (disciplinados pela Lei 13.019/2014), |Contratos de Gestão (Lei 9.637/1998) e Termos de Parceria (disciplinados pela Lei 9.790/1999).

O autor⁸² prossegue afirmando que, de início, a CF/88 previu apenas os convênios como forma de parceria entre o Poder Público e o terceiro setor, nos termos do art. 199, §1º⁸³ da CF/88. Assim, a Lei 8.666/93, em seu art. 116, seguida de atos infralegais, passou a disciplinar o art. 199 da CF/88.

dariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos.” *Processo 018.804/2012-8 acórdão 2386/2014 (Plenário)*, Relator BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 10/09/2014 disponível em: [https://pesquisa .apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/286/%2520/%2520?ts=1580775564569](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/286/%2520/%2520?ts=1580775564569). Acesso em 03/02/2020.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.309.

⁸⁰ MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.19.

⁸¹ Segundo o Autor: “É possível, portanto, reconduzir todas as parcerias com o terceiro setor previstas pelo ordenamento pátrio a uma categoria jurídica denominada de ‘convênios público-privados em sentido amplo’. Esse é o sentido adotado no §1º do art. 199 da CF/88” (op.cit., p.22).

⁸² MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.20.

⁸³ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

(...)

Contudo, posteriormente, como alerta Fernando Borges Mânica⁸⁴, surgiram novas formas de parceria com o terceiro setor, com disciplinas legais específicas (o que será melhor abordado a seguir), o que demandou a releitura do dispositivo constitucional.

Segundo o autor⁸⁵, os convênios público-privados em sentido amplo englobariam todas as formas de parceria com o terceiro setor existentes. Mais adiante, distingue-os dos convênios em sentido estrito, exclusivamente regulados pelo art. 116 da Lei 8.666/93 (na esfera Federal, são regulamentados pelo Decreto 6.170/2007):

Deve-se ressaltar que o ordenamento brasileiro adota duas acepções aos convênios público-privados. Em sentido amplo, trata-se de uma categoria jurídica da qual fazem parte todas as modalidades de parceria com o terceiro setor existentes no Brasil. Já em sentido estrito, trata-se de uma das diversas modalidades de parceria com o terceiro setor previstas na legislação brasileira, disciplinada pelo artigo 116 da Lei 8666/93.

A lei 13.019/2014 dispõe que:

Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

(...)

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal ; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

(...) (Grifei)

Mais adiante, o art. 84 reitera que a Lei 13.019/14 não se aplica aos convênios celebrados nos termos do inciso IV do art.3º, bem como aos convênios públicos:

Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015). (Grifei)

⁸⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR*, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.21.

⁸⁵ MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR*, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.08.

E para que não paire quaisquer dúvidas, o art.84-A inserido pela Lei 13.204/2015 afirma que os convênios públicos privados somente serão firmados nos termos da Lei 13.019/2014, com as exceções já mencionadas:

Art. 84-A. A partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após o advento da Lei 13.019/2014, os convênios em sentido estrito somente poderiam ser firmados entre os entes públicos ou nos termos do art. 199 da CF/88⁸⁶.

Portanto, para parte da doutrina, o advento da Lei 13.019/2014 reformulou a nomenclatura utilizada, sendo correto unicamente se referir a convênios (estrito senso) àqueles realizados no âmbito do Sistema Único de Saúde (art.199 da CF/88) e os convênios públicos.

Os termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação são disciplinados pelo art.2⁸⁷ da Lei 13.019/14. Assim, termo de colaboração é o instrumento por meio do qual são formalizadas parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para consecução de resultados de interesse público e recíproco propostas pelo Poder Público e que envolvam repasse de recursos financeiros. Quando essas parcerias forem propostas pelas organizações da sociedade civil, o instrumento recebe a designação de termo de fomento. Quando o instrumento de colaboração não envolver repasse de recursos públicos, será denominado acordo de colaboração.

A Lei 13.019/2019, ainda, previu o instituto do chamamento público para a seleção das parcerias de que trata. Segundo Irene Patrícia Nohara⁸⁸, “o chamamento público é o procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.381.

⁸⁷ Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco **propostas pela administração pública** que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco **propostas pelas organizações da sociedade civil**, que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco **que não envolvam a transferência de recursos financeiros**; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015) (Grifei)

⁸⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p.718.

parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento”. Mais adiante, a autora enfatiza que o chamamento ao processo deve observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, moralidade, da igualdade, da publicidade, probidade administrativa e da vinculação ao instrumento convocatório. Conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁹, o chamamento público constitui modalidade de licitação, com regramento próprio.

Os arts. 30 e 31 da Lei 13.019/2014, ainda, previu hipótese de dispensa e inexigibilidade⁹⁰ de licitação. De acordo com Irene Patrícia Nohara⁹¹, “*Há a hipótese de celebração de parceria sem chamamento público, em circunstâncias parecidas com as previstas na Lei de Licitações e Contratos, que são chamadas de dispensa e inexigibilidade*”.

A Lei 13.019/2014 previu, também, o “procedimento de manifestação de interesse social” no seu artigo 18: “*é instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.*”

Ainda, a lei veda o reconhecimento de vínculo dos empregados da entidade privada partícipe com a Administração, seguindo a mesma linha do art.71§1⁹² da Lei 8.666/93.

Nesse sentido, a Lei 13.019/2014 prescreve que o Poder Público não é responsável pelos encargos trabalhistas, conforme art. 42, XX:

XX - a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.657.

⁹⁰ Art. 31. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

¹- o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

¹¹- a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do § 3º do art. 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

⁹¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 720.

⁹² Art.42 (...) XIX - a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal; 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

(...)

fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Conforme bem observado por Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁹³, “verifica-se que, ao contrário da previsão contida no art.71, §2ª da Lei 8666/1993, a Lei n. 13019/2014 não estabelece responsabilidade solidária entre o Poder Público e a pessoa jurídica de direito privado pelos encargos previdenciários.”

3. CONCLUSÕES

Embora largamente utilizado no decorrer da atividade administrativa, existe grande dificuldade na abordagem dos convênios, sobretudo, face a ausência de um regramento único geral que discipline a espécie, subsistindo diversas expressões terminológicas, mas que, ainda sim, expressam a essência deste mesmo instrumento.

Por tal razão, é de suma importância que a análise do instituto esmiúce sua natureza jurídica, possibilitando sua identificação ainda que sob denominação diversa.

Apesar de opiniões respeitáveis em sentido contrário, é forçoso reconhecer a natureza contratual do convênio administrativo. O convênio constitui contrato, mas de cunho cooperativo, atraindo o regramento jurídico inerente às suas peculiaridades.

O convênio não está submetido as mesmas exigências dos contratos administrativos em geral, seja em razão da própria essência consistente no esforço cooperativo para a consecução de objetivos comuns, seja porque nem sempre envolverá repasse de recursos financeiros.

Como excepciona a aplicação da Lei 8666/93, a utilização dos convênios administrativos deixa de ser discricionária nas hipóteses em que são cabíveis a celebração de contratos administrativos em sentido estrito.

Contudo, face ao regramento jurídico dotado de maior rigidez, nada impede que o administrador opte pela figura contratual em sentido estrito ao invés da parceria a ser celebrada através dos convênios. Mas nesse caso, deverá justificar seus atos uma vez que devem ser pautados pelos princípios administrativos, sobretudo, o da eficiência (art.37, *caput*, CF/88).

O simples fato do art.116 excepcionar a aplicação da lei aos convênios não pode servir de base para negar a sua natureza contratual. Assim como o contrato de concessão que possui disciplina própria, mas ainda assim, são considerados como contratos, os convênios possuem regramento específico, a depender da sua subespécie.

⁹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O novo marco regulatório das parcerias entre a administração e as organizações da sociedade civil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p.29.

Contudo, uma vez reconhecido seu caráter contratual, permite a União a edição de Lei Nacional, o que é negado por grande parte da doutrina, que entende que a União somente poderia editar Leis Federais em face da autotomia federativa.

A grande dificuldade referente aos convênios advém da imprecisão conceitual, uma vez que os dispositivos normativos, por vezes, designam termos técnicos próprios, mas que nem por isso nos permite dizer que o instituto regulado deixou de ter a natureza jurídica de convênio.

Assim, em sentido amplo, o convênio administrativo engloba todas as modalidades de parceria firmada no âmbito da própria administração ou com entidades sem fins lucrativos, incluindo convênio em sentido estrito, consórcios públicos, contrato de gestão, termos de parceria e os termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação.

Os convênios em sentido estrito estão disciplinados pelo art.116 da Lei 8.666/1993, sendo aplicados aos convênios públicos e aos firmados nos termos do art.199 da CF/88. As demais formas de parceria possuem regramento próprio, como o contrato de gestão (Lei 9.637/1998), os termos de parceria (Lei 9.790/1999) e os termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação (Lei 13.019/2014).

Nos convênios público-privados em que envolvam repasse de recursos públicos e houver pluralidade de sujeitos aptos, deve ser realizado o chamamento público, possibilitando o respeito aos dispositivos constitucionais que preconizam a igualdade e impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF/88).

Frise-se que, ainda que envolvesse a transferência de recursos através de *transferências voluntárias*, o art.116 da Lei 8.666/93 é claro ao afirmar que à modalidade de avença somente se aplica a Lei 8.666/1993 *no que couber*. Embora a licitação formal não seja obrigatória, é importante salientar que o instrumento não pode ser utilizado para burlar os dispositivos legais e implicar em favorecimento de particular em detrimento dos princípios que regem a Administração Pública. Nesse sentido, a utilização do convênio unicamente com o objetivo de burlar o procedimento licitatório pode ocasionar a responsabilização do agente público. Note-se que a Lei 13.822/2019, que alterou o §2º do art. 6º da Lei 11.107/2002 determina que, no que se refere aos consórcios públicos, devem ser observadas normas de Direito Público, inclusive a licitação.

É importante salientar que os convênios público-privados que prevejam repasse de verbas através de transferências voluntárias devem se submeter à Lei Complementar 101/2000 bem como as Leis Orçamentárias do ente público partícipe. Portanto, é correto dizer que a autorização legislativa se consubstancia nas leis orçamentárias do ente federativo partícipe.

Observe-se, ainda que os convênios se submetem ao controle *a posteriori* pelos Tribunais de Contas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos**, 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Ano 2, Número 2, agosto/2017. p.12-40.
- MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.551-571.
- MARRARA, Thiago. Duração de convênios administrativos: aspectos gerais e o caso dos convênios de regulação de serviços de saneamento básico por consórcio público. In WALD, Arnoldo, JUSTEN FILHO, Marçal, PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org). **O Direito Administrativo na Atualidade – Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. São Paulo: Malheiros, 2017, p.1130-1150.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**, 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**, 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed, Malheiros: São Paulo, 2015.
- MODESTO, Paulo. **Contrato de Desempenho e Organização Administrativa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-19/interesse-publico-contrato-desempenho-organizacao-administrativa>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2020.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O novo marco regulatório das parcerias entre a administração e as organizações da sociedade civil. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p.9-32.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA AMBIENTAL

Conflict mediation as an instrument for environmental justice

Humberto Gomes Macedo¹

Flavia Vieira de Resende*²

SUMÁRIO

Introdução. 1. Justiça Ambiental e a Mediação de conflitos. 2. O Córrego do Onça e o fomento da mediação comunitária pelo poder público. 3. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo pretende apresentar o conceito de Justiça Ambiental, sua interlocução e fundamento no princípio da Sustentabilidade, e como (e se) a Mediação de Conflitos pode ser instrumento hábil tanto ao Direito Público, quanto próprias às políticas públicas, para melhor bem-estar das pessoas e demais seres em áreas de degradação socioambiental. Será demonstrado um estudo de caso realizado em evento na bacia do Córrego do Onça em Belo Horizonte, por meio do qual foram identificados elementos que conectam problemas ambientais e sociais que merecem estudo e cuidado pelos operadores do Direito Público, como incremento e exemplo à teoria aqui discutida, até mesmo para análise de futuro implemento da mediação *in loco*.

Palavras-chave: Direito Público, Mediação de conflitos, Justiça ambiental e Sustentabilidade.

ABSTRACT

The present article aims to introduce the concept of Environmental Justice, its interaction and fundament with Sustainability and in what ways (and if) the Conflict mediation can connect to each other and assist this subject. To verify whether, theoretically, there is a basis for such a connection and also whether, in a concrete and effective way, there are models of practical applicability, taking into account the paradigm of the Environmental State. A case study performed on an event at Córrego do Onça basin, in Belo Horizonte, will be demonstrated in order to identify the elements which connect the environmental and social issues and which deserve study and attention by the Law, as an improvement and an example to the theory presented here.

Keywords: Conflict mediation, Environmental Justice and Sustainability.

INTRODUÇÃO

Enquanto os males ambientais puderem ser transferidos para os mais pobres, a pressão geral sobre o meio ambiente não cessará (ACSERALD, 2005, p.226)

¹ Doutorando em Direito Ambiental e professor na Escola Superior Dom Hélder Câmara. Advogado autárquico do estado de Minas Gerais.

² *Mestra em Filosofia, Mediadora de Conflitos, Pesquisadora e facilitadora de diálogo em Justiça Restaurativa no Projeto Ciranda na Faculdade de Direito da UFMG (2016). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito de Família da PUC/MINAS (2019). Tutora no Projeto Nós, do Ministério Público de Minas Gerais, que ensina Justiça Restaurativa nas escolas públicas do estado de Minas Gerais.

Patente a necessidade de reajustamento de condutas - públicas e privadas - face à atmosfera ambiental crítica que passamos nesse início de século XXI.

E da mesma maneira que o mundo caminha para uma quarta revolução industrial marcada, desta feita, pela “fase digital” numa fusão entre a tecnologia e a bioética, da robótica, da realidade aumentada e da ditadura algorítmica, muito lixo ainda é produzido em alta escala e jogado nas ruas ao lado de crianças e cães abandonados. Rios e nascentes urbanos ainda são poluídos por esgoto e falta de saneamento básico, principalmente em bairros mais pobres e fora do centro das metrópoles.

Nesse contexto, evidencia-se a importância de se conceituar a Justiça Ambiental como disciplina que pode vir a pesquisar o entrelaçamento entre os problemas de degradação social e ecológica, e como institutos inovadores – no caso a Mediação de Conflitos - pode ser exemplo de medida apta a vincular o Poder Público – estadual e municipal - a resolver questões ambientais.

Será citado em um exemplo real (estudo de caso) nas margens do Córrego do Onça, bairro Novo Aarão Reis, subúrbio de Belo Horizonte, onde é possível verificar os impactos socioambientais, objeto do estudo, e trazer ideia e incentivo tanto para aplicação da nova disciplina de Justiça Ambiental, quanto para se pensar alternativas aos estados e municípios para novas formas de redução de desigualdade e conflitos.

1. JUSTIÇA AMBIENTAL E A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

No atual patamar de desenvolvimento baseado em crescimento exponencial com uso intensivo dos recursos naturais (água, minério, terras etc), há impacto de forma desigual aos grupos tradicionalmente vulneráveis (social e economicamente).

O lixo, a poluição e toda a série de riscos ambientais provocados por mineradoras, agronegócio, indústrias petrolíferas etc, não atingem a sociedade de forma equilibrada. Pois, embora possa parecer – como de fato o é - que a crise ambiental é genérica e global, os impactos ambientais não são democráticos:

A corrente da justiça ambiental alerta para o fato de que a relação homem-natureza é marcada pelo fenômeno da assimetria econômica, social e política. Nesse sentido, trabalha, por exemplo, com o conceito de “racismo ambiental”, segundo o qual há uma alocação de riscos e maior impactação justamente em parcelas e segmentos mais vulneráveis e fragilizados do ponto de vista socioeconômico (LOURENÇO, 2019, p. 16).

É neste contexto que a Justiça Ambiental se apresenta como disciplina importante nesse caldeirão de novidades tecnológicas e antiguidades sociais que ainda fazem conectar os problemas humanos e ecológicos, detectando que as duas situações andam “de mãos dadas” pois todos os fatores indicam que as áreas mais pobres são também as mais degradadas ambientalmente. Assim:

Por Justiça Ambiental entenda-se o conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas (HERCULANO, 2002, p.2)

Uma noção emergente que integra o processo histórico de construção subjetiva da cultura dos direitos no bojo de um movimento de expansão semântica dos direitos humanos, sociais, econômicos, culturais e ambientais. Na experiência recente, a justiça ambiental surgiu da criatividade estratégica dos movimentos sociais, alterando a configuração de forças sociais envolvidas nas lutas ambientais e, em determinadas circunstâncias, produzindo mudanças no aparelho estatal e regulatório responsável pela proteção ambiental. (ACSERALD, 2005, p.223)

São inúmeros os casos e exemplos que a degradação social incrementa problemas ambientais no entorno e vice e versa, o que, denota, inclusive, sua denominação como “Justiça Ecológica”, o que faz o Direito, e a própria Administração Pública, buscarem métodos alternativos para redução de desigualdades e resolução de conflitos, como sugerido com a Mediação (vide Capítulo 3 a seguir).

Para o autor e poeta espanhol Jorge Riechmann (2003, p. 107-108):

Así como la economía política estudia los conflictos distributivos económicos, la ecología política estudia los conflictos distributivos ecológicos, es decir, las desigualdades y asimetrías sociales (entre mujeres y hombres, entre poblaciones pobres y ricas, urbanas y rurales, entre el Sur y el Norte, entre la generación actual y nuestros descendientes...)com respecto al uso de la naturaleza y las cargas de la contaminación.

E a Justiça Ambiental, como disciplina que estuda a disparidade ambiental e social, somente pode ser concebida à luz da Sustentabilidade como princípio fundante. Daí que se sugere o estudo da Justiça Ambiental sempre com ênfase à Sustentabilidade como modelo e norma essencial - como *prima principium*³ - em todos os ramos do Direito, devendo laborar como balança no equilíbrio econômico e social, e em alcance ao futuro. Conceitua-se a Sustentabilidade como:

[...] o conjunto dos processos e ações que se destinam a manter a vitalidade e a integridade da Mãe Terra, a preservação dos seus ecossistemas com todos os elementos físicos, químicos e ecológicos que possibilitam a existência e a reprodução da vida, o atendimento das necessidades da presente e das futuras gerações, e a continuidade, a expansão e a realização das potencialidades da civilização humana em suas várias expressões. (BOFF, 2012, p. 14).

³ Sampaio; Wold; Nardy, 2003.

E como realçado por Freitas (2015, p. 406-407), “cumprir fazer a sustentabilidade na condição de princípio cogente, não mera faculdade”:

Sublinhe-se, com ênfase, que o princípio do desenvolvimento sustentável pressupõe, *com eficácia direta, a escolha de políticas públicas endereçadas à concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial (não apenas econômico), socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, ético e eficiente, no intuito de assegurar, às presentes e futuras gerações, o direito ao bem-estar, em consonância com o bem de todos.* Tudo de ordem a assegurar, com as evidências científicas disponíveis, a judiciosa avaliação qualitativa das intervenções estatais. (FREITAS, 2015, p. 406-407).

Neste novo paradigma, a economia e desenvolvimento só fazem sentido se ajustados sob a ideia da Sustentabilidade⁴ e Justiça Ambiental que passa a integrar as esferas social e ambiental de uma forma dialética, concreta e não hierarquizada.

Today, environmental justice and human rights movements are merging together as a global force for social change and democratization. Activists in Europe, the Americas, Africa, and Asia are collaborating to challenge socially and ecologically harmful state and corporate policies concerning hydroelectric power, incineration, and mineral extraction, for example, while offering alternatives for sustainability and social justice. (MOHAI; PELLOW; ROBERTS. p.22)

Os vazamentos e acidentes na indústria petrolífera e química, a morte de rios, lagos e baías, as doenças e mortes causadas pelo uso de agrotóxicos e outros poluentes, a expulsão das comunidades tradicionais pela destruição dos seus locais de vida e trabalho, tudo isso, e muito mais, configura uma situação constante de injustiça sócio-ambiental no Brasil, que vão além da problemática de localização de depósitos de rejeitos químicos e de incineradores da experiência norte-americana, devendo acautelar também outros aspectos, tais como as carências de saneamento ambiental no meio urbano e a degradação das terras usadas para acolher os assentamentos de reforma agrária, no

⁴ Interessante citar que em pesquisa acerca do vasto numerário de trabalhos sobre “sustentabilidade” e “direito sustentável”, três professoras de Santa Catarina apontam sobre a divergência entre estes dois conceitos e sobre a “rara” aplicabilidade dos temas na prática. No entanto, também indicam um consenso no estudo com o que aproveitamos para abrir o capítulo: a necessidade de “integrar economia, meio ambiente e sociedade, bem como questões institucionais; considerando as consequências das ações do presente no futuro”: *There has been little analysis of sustainable applications and what kind of results can be expected. But there seems to be a consensus on the challenges of sustainability: integrating economy, environment and society, as well as institutional issues; considering the consequences of the actions of the present in the future; awareness and involvement of society.* (SARTORI; LATRÔNICO; CAMPOS, 2014, p.9-10) Para a revisão da literatura, procedeu-se com busca de palavras-chave, variando entre os termos: *environmental sustainability, economic sustainability, social sustainability, indicators, definitions, green, performance measurement, índices, organization, business, firm, industry, sustainable development, environment management systems, ISO 14031, measures, cleaner production e sustainable development.* [...] Após a conclusão da busca das dezoito palavras-chave nas seis bases de dados, foram selecionados treze mil novecentas e vinte e oito publicações.” (SARTORI; LATRÔNICO; CAMPOS, 2014, p.2).

meio rural. Pois não são apenas os trabalhadores industriais e os moradores no entorno das fábricas aqueles que pagam, com sua saúde e suas vidas, os custos das externalidades da produção das riquezas brasileiras, mas também os moradores dos subúrbios e periferias urbanas, onde fica espalhado o lixo químico, os moradores das favelas desprovidas de esgotamento sanitário, os lavradores no campo, levados a consumir agrotóxicos que os envenenam, as populações tradicionais extrativistas, progressivamente expulsas de suas terras de uso comunal (HERCULANO, 2002, p.6-7)

E como ter na prática a Sustentabilidade efetivada pelo Poder Público, para que este princípio não seja letra morta no ordenamento jurídico? É possível que a Administração Pública possa diligenciar na melhoria e atuação diante de realidades tão complexas, ambiental e socialmente?

Acredita-se que sim, mas isso não virá sem um forte trabalho de conscientização e pertencimento dos cidadãos em geral. E isso é um trabalho de educação como será indicado no próximo tópico.

É Humberto Maturana (2009, p.34) que diz que para viver em harmonia é preciso educar. Mas para quê educar? Segundo ele:

Para recuperar essa harmonia fundamental que não destrói, que não explora, que não abusa, que não pretende dominar o mundo natural, mas que deseja conhecê-lo na aceitação e respeito para que o bem estar humano se dê no bem-estar da natureza em que se vive. (...) Uma educação que nos leve a atuar na conservação da natureza, a entendê-la para viver com ela e nela sem pretender dominá-la, uma educação que nos permita viver na responsabilidade individual e social e que afaste o abuso e traga consigo a colaboração na criação de um projeto nacional em que o abuso e a pobreza sejam erros que se possam e se queiram corrigir.

A educação para o biólogo, portanto, tem tudo a ver com o convívio, incluindo o convívio do homem com a natureza e não o seu controle. Assim (MATURANA, 2009, p. 54- 55):

Sou cientista e valorizo a ciência, mas quero dizer algo sobre a ciência para compreendermos o que valorizamos, e para que sejamos responsáveis aceitando ou não essa valoração. Comumente falamos de ciência e de tecnologia como domínios de explicações e ações que fazem referência a uma realidade útil, permitindo predizer e controlar a natureza.

Nos anos de 1987 e 1988, quando tivemos enchentes em Santiago, escutava o Ministro de Obras Públicas dizer que tudo estava sob controle, ainda que o Rio Mapocho continuasse transbordando. Porque não dizia, simplesmente, 'Estamos atuando em todos os pontos onde podemos atuar'? Falamos de controle quando a vida cotidiana nos mostra que não controlamos nada. Guiados pela ideia de controle somos cegos à nossa circunstância, porque nela buscamos a dominação que exclui o outro e o nega. Além disso, em nossa cultura

ocidental, estamos imersos na ideia de que temos que controlar a natureza, porque cremos que o conhecimento permite o controle. Se o conhecimento leva a alguma parte, é ao entendimento, à compreensão, e isto leva a uma ação harmônica e ajustada com a natureza com os outros e o meio.

O que faz a ciência, então, se de fato não nos permite o controle? A ciência – e a validade das explicações científicas – não se constitui nem se funda na referência a uma realidade independente que se possa controlar, mas na construção de um mundo de ações comensurável com o nosso viver.

Mas como dar concretude à teoria? Dispõe o Direito (ou o estado via administração pública, como objeto deste texto) de ferramentas para estimular práticas já existentes e/ou conscientizar uma comunidade em seus diferentes interesses, fazendo – a enxergar o potencial dos recursos naturais que ela possui, convivendo com o meio ambiente e não o dominando e/ou o destruindo? Acreditamos que algumas soluções podem ser pensadas.

Se por um lado o Estado, através do Direito, pode ter a prática regulatória, se pautando por normas em que se leve em conta o meio ambiente, por outro lado, pode-se haver o estímulo de práticas pedagógicas e por isso, emancipatórias, tais como a prática da Mediação de Conflitos, sendo esta entendida como “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”, nos termos da Lei 13.140/2015, especialmente no âmbito comunitário, trazendo aos cidadãos o acesso à informação, a inclusão, a participação, a corresponsabilidade e a capacidade de organização local.

De acordo com Cruz e Leandro (2007, p. 47):

Conflito refere-se também aos sintomas que se dão pela falta de acessos a informações, gozo de direitos humanos, exercício de cidadania, acesso de bense serviços públicos.

Acreditamos, assim, que a Administração deve ser fomentadora dessa forma de resolução de conflitos, tanto na sua prática mais efetiva nos processos de família ou contratuais, quanto nas questões ambientais que envolvam as próprias comunidades e/ou sua relação com o poder público. Segundo Falcão no prefácio da obra de Foley (2010):

A administração da justiça é gênero, a administração judicial é espécie, ou seja, existe:

(a) Um serviço oferecido diretamente pelo Estado, subdividido em:

(a.i) Administração Judicial da Justiça, isto é, oferecido pelo poder Executivo, a justiça administrativa, por exemplo;

(a.ii) Administração Administrativa da Justiça, isto é, oferecido pelo Poder Executivo, a justiça administrativa, por exemplo;

(b) um serviço oferecido por terceiros, mas regulado pelo estado como arbitragem, e proximamente conciliação e mediação;

(c) um serviço oferecido pelo “mercado de resoluções de conflitos” não estatal, de múltiplas naturezas: comunitários, associativos, religiosos, por exemplo.

A Lei de Mediação (13.140/2015) dispõe que:

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Nesse sentido, a Mediação promovida pelo Estado estaria embasada, segundo Souza (2014, p.63):

O princípio do acesso à justiça (art. 5º., XXXV, da Const. Federal), que exige a disponibilização de métodos adequados (sob os aspectos temporal, econômico e de resultados) de resolução de conflitos, não se subsumindo a uma simples garantia de acesso formal ao sistema judicial – princípio do qual decorre o também positivado princípio da razoabilidade na duração do processo administrativo e judicial (art. 5º, LXXIV)

O princípio da eficiência (art. 37, caput), que demanda sejam os conflitos resolvidos da forma que apresente a melhor relação entre custo e benefício,

ou seja, menores custos, menos tempo, menos desgaste para a relação entre as partes e melhores resultados para ambos;

O princípio democrático, fundamento de nossa ordem constitucional (art. 1^o.), que decorre de o Estado não ser um fim em si mesmo e reclama portanto que, quando o Poder Público se veja envolvido em conflitos com particulares, ele se disponha, em primeiro lugar, a dialogar com estes para encontrar uma solução adequada para o problema.

Portanto, como no estudo de caso do próximo capítulo onde se demonstra grave problema ambiental e social, a Mediação poderia vir a ser um instrumento da gestão ambiental como a descreve Quintas (2000, p. 17), a vincular o poder público estadual e municipal à comunidade:

Um processo de mediação de interesses e conflitos entre atores sociais que agem sobre os meios físico-natural e construído (...) define e redefine, continuamente, o modo como os diferentes atores sociais, através de suas práticas, alteram a qualidade do meio ambiente e também como se distribuem os custos e os benefícios decorrentes da ação destes agentes.

Não basta o viés regulatório portanto, é preciso que os seres humanos percebam e criem eles mesmos soluções para a preservação planetária. Como será apontado, até que o Estado não efetive e cumpra com seus deveres de obras de infraestrutura, desapropriações, escolas etc – o que também é premente – fundamental que a Administração também promova medidas de diálogo e consciência da comunidade através da mediação, justiça restaurativa⁵ e outras formas éticas de justiça. É Maturana (2009, p.21) que diz novamente que:

O fenômeno de competição que se dá no âmbito cultural humano, o que implica a contradição e a negação do outro, não se dá no âmbito biológico. Os seres vivos não humanos não competem, fluem entre si e com outros em congruência recíproca, ao conservar sua autopoiese e sua correspondência com um meio que inclui a presença de outros, ao invés de negá-los.

Importante ainda indicar – e sugerir para um próximo estudo - que a Justiça Ambiental não deve ser apenas a justa distribuição entre a população humana, mas também entre esta e o restante dos seres vivos que compartilham a Biosfera:

⁵ A Justiça Restaurativa é um modelo complementar à Justiça tradicional, que busca, com técnicas específicas, ajudar na construção de uma sociedade em que cada um se sinta responsável pelas mudanças. De acordo com a Resolução nº. 225/ 2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ela é definida como “um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado”. Na justiça restaurativa, todos os envolvidos, direta ou indiretamente, participam voluntariamente de encontros, com a ajuda de um facilitador, para reparar ou reduzir os danos, reintegrar o infrator e a retomar a harmonização social. Esse formato de resolução é utilizado principalmente em escolas, em conflitos familiares, em medidas socioeducativas e em crimes de pequeno e médio potencial ofensivo.

Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum, incorporando, ainda, outros destinatários, como no caso dos animais, tanto numa dimensão temporal presente como intergeracional-gerações futuras”.(BOLZAN DE MORAIS, 2011,p.88)

Todos los animales somos hermanos...Baste decir aqui que esa argumentación se basa em enfatizar que, para precisar como há de ser tratado determinado ser vivo, los critérios han de basarse em las capacidades moralmente relevantes que de hecho posee esse ser vivo, y no em su pertenencia a uma espécie determinada; y em la necesidad de evitar la discriminación arbitraria. (RIECHMANN, 2003 p.108)

É a mudança de primazia do homem para o próprio globo. O “cidadão” agora é o rio, o passarinho, a muda, a cachoeira...Obrigado *ser humano* mas agora você é meio e não fim! ⁶

2. O CÓRREGO DO ONÇA E O FOMENTO DA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA PELO PODER PÚBLICO

No dia 08 de junho de 2019, ocorreu o evento “11ª. Deixem o Onça beber água limpa” nas margens do Córrego do Onça, bairro Novo Aarão Reis, em Belo Horizonte/MG.

O COMUPRA (Conselho Comunitário Unidos pelo Ribeiro de Abreu) realizará no próximo sábado (08), a partir das 8h, o 11ª Deixem o Onça Beber Água Limpa – Viver com o Rio Vivendo! Na ocasião será celebrado também os 30 anos do bairro Novo Aarão Reis. O evento tem o objetivo de anunciar à comunidade as intervenções e investimentos realizados na região, além de despertar a atenção de todos para seu enorme potencial – com suas cachoeiras, praias e ilhas –, promovendo e incentivando ações que levem à sua requalificação socioeconômica, ambiental e participativa do baixo Onça. ⁷

No local foi possível verificar a ocorrência de evidente problema ambiental – rio poluído – com também flagrante degradação social – casas pré-construídas, muito lixo, esgoto a céu aberto, campo de futebol “de várzea” abandonado, cheiro ruim etc.

⁶ O que foi reconhecido nos princípios 1 e 3 dos 17 Princípios de Justiça Ambiental, aprovados na “First National People of Color Environmental Leadership Summit, Washington DC, outubro de 1991”: 1. Justiça Ambiental afirma a sacralidade da Mãe Terra, a unidade ecológica e a interdependência de todas as espécies, e o direito de estar livre da destruição ecológica. 2. A Justiça Ambiental exige o direito a usos éticos, equilibrados e responsáveis da terra e de recursos renováveis no interesse de um planeta sustentável para os seres humanos e outros seres vivos. (RIECHMANN, 2003, p. 108).

⁷ <http://cbhvelhas.org.br/noticias/vem-ai-o-11o-deixem-o-onca-beber-agua-limpa/>. Acesso em 26 de junho de 2019.

O ribeirão Onça se forma a partir da confluência do ribeirão Pampulha com o córrego Cachoeirinha. Deste ponto até a sua foz, no Rio das Velhas, o ribeirão tem 8,3 Km de extensão e marca a divisa das regiões Norte e Nordeste da capital. Considerado o maior poluidor do Rio das Velhas, o ribeirão Onça expõe, de forma incontestável, a degradação de toda a bacia. Infelizmente, sua beleza natural é escondida debaixo do entulho, lixo e esgoto.⁸

E são imagens impressionantes, pois há uma cachoeira enorme, de grandes proporções de tamanho e volume, que deságua num córrego (do Onça) de tamanho também considerável, mas com o entorno de uma comunidade paupérrima, sem estrutura sanitária, com crianças e animais sujeitos à mercê de doenças e todos os malefícios advindos de poluição.

Com este cenário, como então estimular e vincular o Poder Público – municipal e estadual – a resolver questões ambientais e sociais?

É preciso compreender que as comunidades – embora chamadas assim, como se pelo próprio conceito de comunidade, os indivíduos tivessem todos uma mesma visão de mundo – são na verdade, um espaço múltiplo, pois convivem no mesmo local, sujeitos com histórias de vida diferentes, necessidades das mais variadas, visão de mundo multifacetadas, com interesses políticos e econômicos que podem ser antagônicos.

Muitas vezes, o único ponto de convergência dos sujeitos é a falta de uma estrutura social local, tais como a precariedade da prestação de serviços de saúde, escolas de boa qualidade, espaços culturais, serviços de orientação social e/ou jurídica, entre outros, capaz de promover-lhes o acesso a direitos e uma cidadania efetiva, como ocorre na comunidade do córrego do Onça.

No entanto, acreditamos que é possível a educação e a mobilização da mesma para a construção de saídas para a degradação ambiental, que a nosso ver, pode ser realizada através do trabalho profissional de mediadores, financiados pela administração pública, estimulando grupos já conscientizados e organizados no território, já atuantes nesse trabalho.

Na medida em que a Administração Pública também expressa o funcionamento do sistema político e a participação direta do cidadão no sistema administrativo, influencia, de forma análoga, aquele sistema, tornando-o efetivamente mais democrático (SOARES, 1997, p. 141).

É preciso pois, pensar em políticas públicas mais norteadas pelo conceito da democracia participativa, em que o Estado garanta a oportunidade que cidadãos, por meio de decisões e deliberações públicas, tenham a oportunidade de debaterem

⁸ <http://cbhvelhas.org.br/noticias/vem-ai-o-11o-deixem-o-onca-beber-agua-limpa/>. Acesso em 26 de junho de 2019.

coletivamente as regras e sejam responsáveis por conduzir a vida na comunidade. Segundo Foley (2010, p. 21):

A realização por meio da justiça estatal é um modelo que segue padrões da Modernidade Ocidental, posto que estruturada a partir de princípios universais pautados em imperativos legais. Trata-se de um tipo de justiça que codifica procedimentos e aplica a norma ao caso concreto, com base em deduções racionais advindas da autoridade da lei ou dos precedentes. Em situações de conflito, o Estado substitui a vontade dos cidadãos, a fim de dizer o direito e garantir a paz social. Sob este padrão, o Estado detém o monopólio do exercício da atividade jurisdicional.

Isto não significa afirmar, contudo, que o Estado detenha o monopólio da criação do direito. Há uma parcela da sociedade que, excluída do atendimento jurisdicional, busca fórmulas próprias de resolução de conflitos, criando alternativas para manter um mínimo de coesão social. Esta pluralidade de ordens jurídicas, apesar de ser uma realidade, em geral, não é reconhecida oficialmente pelo Estado. Contudo, a partir dos anos 70, sobretudo nos EUA, assistimos a emergência de um movimento de resgate dos métodos alternativos de resolução de disputas como um instrumento de realização de justiça.

Vivemos um momento de crise ambiental, mas não somente isso. Há um movimento mundial de reconhecimento mais amplo dos direitos humanos e dignidade dos indivíduos; a expansão das aspirações de participação democrática em todos os níveis sociais e políticos; a crença de que os indivíduos devem participar e ter o controle sobre as decisões que afetam a sua vida, a tolerância à diversidade; mas também à crescente insatisfação com processos autoritários de tomadas de decisões.

Nesse sentido, Bobbio (1995, p.353), ao falar da luta pelos direitos fundamentais, que acreditamos abarcar a luta pelos direitos ambientais::

Luta-se ainda por estes direitos, porque após as grandes transformações sociais não se chegou a uma situação garantida definitivamente, como sonhou o otimismo iluminista. As ameaças podem vir do Estado, como no passado, mas podem vir também da sociedade de massa, com seus conformismos, ou da sociedade industrial, com sua desumanização.

Assim se o Estado na prática não fomenta obras de saneamento básico, criação de parques ou deslocamento de moradias, é importante que medidas outras, indiretas e de atuação humana estratégica, inteligente e com custos financeiros mais baixos, diga-se de passagem, possam reduzir os confrontos por ventura existentes nesses locais. É também Foley (2010, p. 130)

A retração do Estado como instrumento regulatório revela que uma nova forma de organização política está a emergir, articulada pelo Estado e composta por um híbrido painel de fluências, redes e organizações nos quais

elementos estatais, não estatais, nacionais e globais combinam e se interpenetram. (...)

Nesta nova constelação política o Estado fragmentado converte-se em um capó de disputas de diferentes projetos e interesses. De um lado, novas formas de fascismo societal buscam consolidar suas regulações despóticas, privatizando a esfera estatal. De outro, forças democráticas buscam espaço para a experimentação de projetos que contribuam para o exercício da democracia redistributiva.

Cabe, pois, ao Estado o papel da coordenação das diferentes organizações que atuam no campo destas disputas. A ação política – que antes era voltada à democratização do monopólio regulador do Estado – hoje demanda a democratização da perda desse monopólio”.

A Mediação Comunitária – a ser incentivada por políticas e práticas públicas - por ter valores tais como a resolução pacífica de conflitos, o empoderamento das comunidades acerca dos seus direitos, o reconhecimento do outro no sentido da prática da alteridade, pode trabalhar fortemente com a mobilização de uma população, estimulando organizações já existentes, para fazê-la perceber a importância da proteção ao meio-ambiente e trabalharem juntos com outras instâncias para a construção de respostas para estas questões. Assim segundo Foley (2010, p.81):

As soluções construídas pelas partes envolvidas no conflito podem ser tomadas para além da lei. Quando os protagonistas do conflito inventam seus próprios remédios, em geral, não se apoiam na letra da lei porque seu pronunciamento é por demais genérico para observar a particularidade dos casos concretos. Há pois, a liberdade de criar soluções sem amarras dos resultados impostos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, as partes, antes alheias ao processo de elaboração de leis legislam ao construir suas próprias soluções não somente para enfrentar os conflitos já instaurados, mas para evitar adversidades futuras.

E complementa (2010, p.100):

A mediação oferece um efetivo sentido de organizar indivíduos em torno de objetivos comuns e de construir fortes laços nas estruturas comunitárias. Por sua capacidade de ajudar as partes a resolverem seus problemas por elas próprias, a mediação reduz a dependência das instituições oficiais e estimula a emancipação individual incluindo a formação de bases comunitárias.

Assim, um “projeto mobilizador”, construído via Mediação Comunitária, com programas financiados pelo Estado pode vir a produzir grande volume de informação qualificada, de modo que os indivíduos estejam cientes de suas possibilidades, e possibilite uma comunicação relacional, para que possam compartilhar dos seus diferentes saberes, traçando estratégias para levarem suas pretensões ao espaço público, é saída ética. Segundo Henriques (2004):

Consideramos informação qualificada aquela que informa e orienta de modo prático, que permite aos sujeitos saber fazer e como se posicionar dentro do movimento/projeto. Ao contrário do que se possa pensar, a informação qualificada não é informação de caráter técnico *tout court*. Na verdade, a informação gerada pelos especialistas nem sempre ela mesma é informação qualificada, pois, muitas vezes, carece de uma tradução que permita a qualquer sujeito que não possua o mesmo domínio técnico e do jargão do especialista compreender a problematização referida àquela causa social e a metodologia de ação proposta. Encontra-se aí, sem dúvida, uma das principais barreiras à coletivização de inúmeras causas que, com frequência, *escapam à compreensão dos não-especialistas*.

Portanto, ao lado da informação qualificada, é preciso que haja uma comunicação que pretenda criar vínculo entre os indivíduos, própria do trabalho técnico dos mediadores. Esta comunicação é a que chamamos relacional, ou seja, aquela que se dá através da troca de argumentos nos discursos e compartilhamento de sentidos entre os indivíduos. Este tipo de comunicação difere-se da anterior porque ela não pretende apenas informar, mas tem como escopo criar acordos e consensos entre indivíduos. Isto não significa que a comunicação dialógica irá levar os indivíduos a concordarem entre si em todos os argumentos, mas ela possibilita que estes possam respeitar as diferenças de posições do outro e ainda sim, criar estratégias para a sua atuação no espaço público.

Imaginem o potencial turístico e o acesso a uma cachoeira desse porte e beleza poderia trazer à própria comunidade, ao invés de ficar lá, poluída e sem possibilidade banho e lazer. Daí a conexão com este estudo de caso, sugerindo que em situações e regiões como essa, a Mediação possa ser implementada.

Com enorme potencial para lazer e turismo, o Onça tem cachoeiras, praias e ilhas. Porém, várias famílias que residem às suas margens estão permanentemente expostas a diversos riscos, causados pelas enchentes, pelo fluxo de esgoto e o acúmulo de lixo. Nesse contexto, as atividades realizadas no 11^a Deixem o Onça Beber Água Limpa buscam soluções para tais situações.⁹

Nesse sentido, a comunicação relacional é capaz de criar vínculos de cooperação entre os indivíduos, uma vez que ela não pretende, pelo discurso, exercer dominação sobre outros argumentos. Pelo contrário, é a partir da troca de significados e saberes dos comunicantes que o saber vai sendo construído. Dentro da perspectiva da mobilização social destacamos outro fator importante que é o da publicidade, ou seja, os indivíduos devem ganhar visibilidade com as suas pretensões, a fim de que estas ganhem adeptos no espaço público.

⁹ <http://cbhvelhas.org.br/noticias/vem-ai-o-11o-deixem-o-onca-beber-agua-limpa/>. Acesso em 26 de junho de 2019.

É neste espaço que os indivíduos irão dar visibilidade de suas demandas frente a opinião pública, e lutar para a concretização de suas reivindicações na esfera política.

Acrescentamos que o Poder Público, pode, inclusive, fomentar a criação dos Núcleos Comunitários de Justiça e Cidadania, auxiliando na disponibilização ou aquisição de imóveis (ou locação etc), treinamento da equipe e demais estrutura organizacional mínima, aproveitando-se a expertise dos administradores públicos:

O *locus* de atuação dos Agentes Comunitários é a comunidade e seus inúmeros locais públicos – não necessariamente estatais – e privados que podem acolher as atividades desempenhadas pelos Agentes Comunitários, sejam eles as sessões de mediação, sejam as reuniões na comunidade [...] Essa estrutura organizacional mínima conta com uma equipe administrativa que também se instala em um local físico que reúne todas as informações relevantes para os agentes comunitários e para o Programa: é o Núcleo Comunitário de Justiça e Cidadania. (FOLEY, 2010, p. 156).

Num viés comunitário a Mediação, por obedecer a um padrão dialógico, horizontal e participativo, inaugura um novo enfoque para a resolução de problemas, sendo um instrumento mobilizador e, portanto, com forte viés educacional. Se educar, segundo Maturana (2009, p. 29) “se constitui no processo em que a criança ou o adulto convive com o outro e, ao conviver com o outro, se transforma espontaneamente, de maneira que seu modo de viver se faz progressivamente mais congruente com o do outro no espaço de convivência”, acreditamos que os processos de co-construção de saberes pode ser um instrumento coerente e eficaz para a educação ambiental nas comunidades.

O Estado, tendo em vista os princípios citados, pode vir a ser um grande fomentador deste trabalho, colaborando para incentivar práticas dialógicas trazendo mais um elemento importante na busca de redução das desigualdades em áreas de déficit de Justiça Ambiental, como no exemplo da situação destacada que ainda não tem o projeto efetivado.¹⁰

Em Minas Gerais, programas de Mediação Comunitária já existem, como por exemplo, o Programa Mediação de Conflitos (PMC) criado em 2005, na então Secretaria de Estado e Defesa Social, dentro da Superintendência de Prevenção à Criminalidade. Neste cenário, o Programa tem desenvolvido várias ações e projetos que visam a prevenção social da violência e criminalidade¹¹:

¹⁰ Souza (2014, p.329) cita o exemplo do Projeto Justiça Comunitária do Tribunal de Justiça do Mato Grosso aonde “as aulas são ministradas por magistrados de primeira e segunda instâncias, membros do Ministério Público, advogados e Defensores Públicos que estudam e/ou trabalham com mediação, todos atuando voluntariamente nesses treinamentos. O público-alvo são os membros de comunidades que possuam ensino médio completo, idade mínima de 21 anos, residência no bairro de atuação, disponibilidade mínima de 8 horas semanais, sem vínculos com associações de bairro ou partidos políticos, espírito de liderança e perfil adequado para ser voluntário”.

¹¹ <http://www.seguranca.mg.gov.br/2013-07-09-19-17-59/mediacao-de-conflitos>. Consulta realizada em 11 de outubro de 2019.

As equipes de analistas sociais do programa, a partir de diversas técnicas, incentivam o diálogo, potencializam o capital social, viabilizam o acesso a direitos, contribuem para o fortalecimento e a mobilização comunitária. A intenção é construir com os moradores uma Segurança Pública Cidadã promovida pelos meios pacíficos de resolução de conflitos, a partir dos fundamentos da Mediação Comunitária, impactando na redução de possíveis desdobramentos em homicídios, violência e violações.

O programa foi pensado pautando-se “em fundamentos teóricos-científicos e técnico-metodológicos, tendo como princípios a integração e articulação de todo o Sistema de Defesa Social e a necessária interface com as comunidades locais para a construção de uma política de defesa social participativa e cidadã”. (GOVERNO DE MINAS, 2007, p. 9).¹²

Não é utopia pensar que um cidadão (ou sua comunidade) que cria suas próprias respostas de emancipação e pertencimento, sentindo a presença do Estado no apoio ao projeto, seja um aliado na defesa do espaço ambiental e social de convivência.

3. CONCLUSÃO

No atual contexto marcado por desastres ambientais e por desigualdade humana ainda patentes, torna-se importante que todo o arcabouço jurídico seja voltado para a Sustentabilidade como norma principal de nosso sistema de Direito.

É importante ainda contar com novas políticas públicas e maneiras de se reduzir conflitos, pelo qual, a mediação comunitária, fomentada pelo estado “lato sensu” (estados e municípios), pode ser instrumento de efetividade para a busca de soluções para a preservação do meio ambiente, conjugando princípios da Administração Pública, preceitos e ditames da Justiça Ambiental e do diálogo e pertencimento através da prática mediadora.

Como exemplificado no evento junto ao Córrego do Onça, as pesquisas cada vez mais ratificam que a desigualdade social e ambiental encontram-se entrelaçadas e uma puxa a outra para “o bem ou para o mal”, tornando-se importante o conceito e delimitação da Justiça Ambiental como disciplina nova e apta ao estudo pretendido e de se buscar práticas inovadoras como a Mediação de Conflitos que pode ser implementada naquele e em outras situações similares.

¹² Na educação vemos a Secretaria Estadual de Educação de Minas Gerais participar da criação do Programa Nós, uma parceria interinstitucional com o a Secretaria Municipal de Educação, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, universidades e órgãos da sociedade civil para implementar projeto de Justiça Restaurativa nas escolas, dessa vez para prevenir a violência escolar e promover a cultura de paz. Na mesma ótica, há projetos de mobilização comunitária fomentado pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, como é o caso do programa de Mediação de Conflitos no Ambiente Escolar (MESCA), que se utiliza da técnica da mediação de conflitos dentro das escolas públicas estaduais, como instrumento pacificador e minimizador da violência juvenil.

A mesma Mediação de conflitos que ajuda a solucionar uma questão de direito de família, ou de um problema no comércio ou vizinhança, também pode ser apta a resolver o destino do esgoto, um conflito de desapropriação ou o corte de uma árvore, fazendo-se adequar o projeto ao princípio da Sustentabilidade e da própria Administração pública (artigos 37 e 225 da Constituição Federal).

Conclui-se, portanto, que a mobilização social, incentivada pelo poder público, pode ser fator preponderante para a construção de pautas ambientais. Para isto, destacam-se a criatividade do poder público, o estudo de novas disciplinas – como a Justiça Ambiental – e a busca por comunicação relacional e de informações qualificadas, capazes de criar vínculos, capacidade crítica e ambientes de cooperação entre os indivíduos, seu entorno e demais seres viventes, como sugerido através da Mediação.

A gente ainda nem começou...

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. Justiça Ambiental: Narrativas de Resistência ao Risco Social Adquirido *in* **Encontros e Caminhos: Formação de Educadoras(es) Ambientais e Coletivos Educadores**. Brasília: MMA, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 7ª ed., Brasília, DF, Editora Universidade de Brasília, 1995, págs. 353-355.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. O estado de direito ‘confrontado’ pela revolução da internet. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v.13, n.3, 2018, p.876-903.

CRUZ Giselle Fernandes Correa e LEANDRO Ariane Gontijo Lopes. Mediação de Conflitos: um instrumento possível na resolução pacífica de conflitos. *In*: GOVERNO DE MINAS. **Entremeios. Publicação de Artigos desenvolvidos no Programa Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Cria Ufmg, 2007.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; CARVALHO, D. W. O Estado Democrático de Direito Ambiental e as catástrofes ambientais: evolução histórica e desafios. **Pensar** (UNIFOR), v. 18, 2013, <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2701/pdf>> Acesso em 05 de fevereiro de 2019.

DOBSON, Andrew. **Justice and environment - Conceptions of Environmental Sustainability and Theories of Distributive Justice**. Oxford University Press. Place of publication: Oxford. Publication year: 1998.

FOLEY, Glauca Falsarella. **Justiça Comunitária. Por uma justiça da emancipação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade. In: CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha (organizadoras). **Dicionário de políticas públicas: volume 2**. Barbacena: EdUEMG, 2015.

GOVERNO DE MINAS. **Entremeios. Publicação de Artigos desenvolvidos no Programa Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Cria Ufmg, 2007

HENRIQUES, Márcio S.; BRAGA, Clara S. e MAFRA, Rennan. O planejamento da comunicação para a mobilização social: em busca da co-responsabilidade. In: **Comunicação e Estratégias de Mobilização Social**. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

HERCULANO, Selene. Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua construção no Brasil. **Encontro da ANPPAS**, v. 1, p. 1-15, 2002.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Qual o valor da natureza?** Uma introdução à ética Ambiental. São Paulo: Elefante, 2019.

MAFRA, Rennan. **Entre o espetáculo, a festa e a argumentação – mídia, comunicação estratégica e mobilização social**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. 3.ed. Navarra: Editorial Thomson/Aranzadi, 2003.

MATURANA, Humberto. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução José Fernando Campos. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009.

MERLONE, Tiago. Educação ambiental Unesco 1987. **Portal Educação**, CampoGrande, 29.nov.2012. Disponível em: <https://portaleducacao.com.br/biologia/artigos/educacao-ambiental-unesco-1987>. Acesso em 28 Jan. 2019.

MOHAI, Paul; PELLOW, David; ROBERTS, J. Timmons. Environmental justice. **Annual Review of Environment and Resources**, v. 34, p. 405-430, 2009.

QUINTAS, José Silva. **Introdução à gestão ambiental pública** 2ª ed. revista. – Brasília: Ibama, 2006.

RIECHMANN, Jorge. Tres principios básicos de justicia ambiental. In: **Congreso de la asociación española de ética y filosofía política**, 12., 2003, Castellón. Anais..., Castellón, 2003.

ROCHA, Anacélia Santos et al. **O dom da produção acadêmica: manual de normalização e metodologia da pesquisa**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2016. Disponível em: <<http://domhelder.edu.br/uploads/pesquisa/domdaproducaoacademica.pdf>>. Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares. Função socioambiental dos contratos e instrumentalidade pró-sustentabilidade: limites ao exercício de autonomias públicas e privadas. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.8, n.16, p.99-114 Julho/Dezembro de 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afranio. **Princípios do Direito Ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Teoria do risco ambiental integral e ideologia. **Revista Internacional Consinter de Direito**, v.01, p.1,2015. Disponível em <<https://editorajurua.com/revistaconsinter/revistas/ano-i-volume-i/parte-1-direitosdifusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/teoria-do-risco-ambiental-integral-e-ideologia>>. Acesso em 25 de janeiro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARTORI, Simone; LATRÔNICO, Fernanda; CAMPOS, Lucila Maria de Souza. Sustainability and sustainable development: a taxonomy in the field of literature. **Ambiente e sociedade**. Vol. XVII, núm.1, enero-marzo, 2014, pp.1-22. Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade. Campinas, Brasil.

SEIXAS, Raul. Raul Seixas. **Ouro de tolo**. Album *Krig-ha! Bandolo!* São Paulo: Philips records, 1973. LP.

_____. Rio de Janeiro, 1976. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=RDsKj9uKtQM>>. Acesso em 30 de janeiro de 2019.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Responsabilidade ambiental à luz das transformações da sociedade brasileira. In: PATROCÍNIO, Daniel Moreira do (organizador). **Princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SOARES, Fabiana de Mezes. **Direito administrativo de participação**: Cidadania, Direito, Estado e Município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Igor Lima Goettenauer de Oliveira, organizador. 1. ed. – Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília (FUB), 2014.

SOFFIATI, Arthur. Fundamentos filosóficos e históricos para o exercício da ecocidadania e da ecoeducação. In: CASTRO, Ronaldo Souza de; LAYRARGUES, Philippe Pomier; LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo (org.). **Educação ambiental: repensando o espaço da cidadania**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. **O princípio da vedação de retrocesso ambiental no contexto da sociedade de risco**. Salvador: Juspodivm, 2013.

VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação – Teoria e Prática – Guia para utilizadores e Profissionais Liberais**. Lisboa DGAE – Ministério da Justiça, Portugal, 2004.

APROXIMACIÓN A LA SENTENCIA DE CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL.

Juan Carlos Ferré Olivé¹

Isabel Morón Pendás²

SUMÁRIO

1. Aproximación. 2. Aspectos positivos de la conformidad. 3. Aspectos negativos de la conformidad. 4. Caracterización de la conformidad en el Derecho español. 5. Naturaleza jurídica. 6. Peculiaridades de la conformidad en cada proceso. 6.1. En el sumario ordinario. 6.1.1. Conformidad en la calificación provisional. 6.1.2. Conformidad al comienzo del juicio oral. 6.1.3. Crítica. 6.2. En el procedimiento abreviado. 6.2.1. Adhesión plena al escrito de acusación. 6.2.2. Conformidad consensuada. 6.2.3. Requisitos. 6.3. En el enjuiciamiento rápido (conformidad premiada). 6.3.1. Requisitos del enjuiciamiento rápido. 6.3.2. Del procedimiento abreviado al enjuiciamiento rápido. 6.3.3. Requisitos y características de la conformidad premiada. 6.4. En el proceso por aceptación de Decreto (delitos menores). 6.4.1. Requisitos. 6.4.2. Valoración crítica. 6.5. En el Juicio por el Tribunal de Jurado. 6.6. En el proceso penal de Menores. 7. Cuestiones comunes. 7.1. La manifestación de la conformidad. 7.1.1. Absoluta. 7.1.2. Personalísima. 7.1.3. Voluntaria. 7.1.4. Formal. 7.1.5. Vinculante para las partes. 7.1.6. Doble garantía. 7.2. Reducción de la pena. 7.3. Recalificación de los hechos. 7.4. La fiscalización del acuerdo. 7.4.1. Aproximación. 7.4.2. Vinculación al relato fáctico. 7.4.3. Vinculación a la pena. 7.5. Posibles recursos. 7.6. Múltiples acusados. 7.6.1. Personas físicas. 7.6.2. Personas físicas y jurídicas. 7.7. Consecuencias jurídicas. Referencias.

RESUMEN

Se analiza la influencia del sistema de conformidad o *plea bargaining* proveniente del mundo anglosajón en los diferentes procedimientos existentes en el sistema penal español, tanto sus aspectos positivos como negativos. En particular los requisitos de la conformidad, su voluntariedad y naturaleza jurídica.

Palabras clave: Conformidad, condena negociada, confesión de culpabilidad.

ABSTRACT

Analyses the influence of the system of plea bargaining from in the Anglo-Saxon world in different procedures existing in the Spanish criminal justice system, both its positive and negative aspects. In particular the compliance requirements, its voluntary and legal nature.

Keywords: Plea bargaining, sentence bargaining, guilty plea.

1. APROXIMACIÓN

En el espacio propio del sistema procesal penal que rige en el mundo anglosajón, encontramos como uno de sus pilares básicos el principio de oportunidad. De esta forma, haciendo gala del ya clásico pragmatismo que impera en

¹ Catedrático de Derecho Penal Universidad de Huelva.

² Magistrada.

ese ámbito de influencia jurídica, se otorga a las partes, y más concretamente al Ministerio Público, la posibilidad de negociar con bastante margen de libertad el inicio o la continuación del procedimiento penal, lo que se pacta a cambio de una exoneración o reducción de pena. Prevalece la practicidad, ya que una solución negociada evita largos y costosos procedimientos, el azar del resultado del juicio y un aprovechamiento óptimo de los recursos de los sujetos que intervienen en defensa de los intereses de la Fiscalía y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Este principio puede manifestarse como de oportunidad libre, es decir, sin limitaciones en la negociación y en sus consecuencias jurídicas, ya que habilita al fiscal incluso a renunciar al ejercicio de la acción penal. Ello permite, por ejemplo, exonerar de pena a cambio de una delación. Se trata de un mecanismo que no ha traspasado con tanta amplitud las fronteras del mundo anglosajón, pues en el resto del mundo se plantean serias reticencias a disponer de forma tan amplia de la acción penal. Por el contrario, se ha ido abriendo paso poco a poco el sistema de oportunidad reglada, es decir, a la admisión de la facultad negociadora para determinados delitos, imponiendo límites o en general buscando alternativas para que se respete preferentemente el principio de legalidad penal y procesal. En este contexto se ubica la sentencia de conformidad en el proceso penal, como una manifestación específica del principio de oportunidad reglada, que como veremos acarrea algunos resultados positivos, pero a su vez no pocos problemas interpretativos y de aplicación.

En los Estados Unidos, cuna del *veredicto negociado*, la confesión de culpabilidad o *guilty plea* voluntaria, inducida o negociada ha llevado a que la mayor parte de los procesos penales se resuelvan por la vía de la conformidad o *plea bargaining*, siendo excepcional el recurso al juicio en sentido estricto y al jurado. Se alcanza este resultado a través de la renuncia del ejercicio de la acusación por parte del Ministerio Público (*charge bargaining*), la obtención de una condena judicial previamente pactada por acusación y defensa (*sentence bargaining*) o la opción de sustentar soluciones mixtas. Si existe intervención judicial, en ocasiones el órgano jurisdiccional cuenta con un margen de discrecionalidad para rechazar el acuerdo alcanzado si considera que afecta intereses de la colectividad³. En caso de rechazar-se el acuerdo, no puede utilizarse la previa confesión de culpabilidad en contra del acusado en las posteriores actuaciones judiciales.

Debemos tomar como referencia la enorme influencia del modelo norteamericano en esta materia. Desde esa perspectiva, el punto de partida debe ser el libre reconocimiento de la culpabilidad, lo que en el mundo anglosajón se conoce como *guilty plea*, es decir, una declaración previa de culpabilidad que se considera una confesión que sirve de *base probatoria* para que el tribunal aprecie la culpabilidad del

³ Sobre estos conceptos, ampliamente, cfr. Barona Vilar, S. "La conformidad en el proceso penal". Valencia, 1994, p. 51 y sig.

sujeto sin necesidad de imponer a la acusación la carga de la prueba. En este contexto se produce la negociación o *regateo* entre la acusación y el imputado (*bargaining*). El conocido como *plea bargaining*, es decir, un reconocimiento previo o declaración de culpabilidad basados en un acuerdo entre fiscal y acusado, permite un pacto del que deriva una reducción de pena. Es el modelo originalmente preponderante en los Estados Unidos aunque también se encuentra vigente en otros sistemas jurídicos como el español⁴. Desde los años '80 toda Europa se ha contagiado de este fenómeno, y como apunta acertadamente Del Moral, España no podía quedar al margen de estas tendencias, ejemplificando que la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado exterioriza una auténtica “apología del sistema de conformidades”⁵.

Schünemann señala que “el procedimiento penal continental europeo ha entrado en una crisis profunda e incomparable justamente por la adopción del *plea bargaining*, una crisis vital para la estructura de un Estado de Derecho liberal y una crisis de sobrevivencia, que no puede ser captada, o no quiere serlo, por los profesionales que actúan en el proceso”⁶. Consideramos, sin embargo, que estos conceptos deben ser matizados. Existen aspectos positivos y negativos en la conformidad, que requieren la adopción de un punto de vista conciliador y no basado exclusivamente en el enfrentamiento. Un sector doctrinal opta por hablar de “conflicto y consenso”, y también de “principio de oportunidad *versus* principio de legalidad”⁷. Sin embargo, esta pugna no parece ser beneficiosa. La conformidad será siempre positiva, enmarcada en la solución alternativa de conflictos, si se dota de suficientes mecanismos que no descuiden la tutela efectiva de los bienes jurídicos socialmente relevantes y, a su vez, garanticen el respeto de los derechos fundamentales del imputado.

2. ASPECTOS POSITIVOS DE LA CONFORMIDAD

No puede negarse la existencia de importantes aspectos positivos en el instituto de la conformidad. Desde una perspectiva práctica, la reducción del número de procesos penales y la celeridad en la obtención de una sentencia definitiva deben ser recibidas con beneplácito. Se trata del favorecimiento de la economía procesal y, en definitiva, de una mejora del funcionamiento de la Administración de Justicia,

⁴ Cfr. Barona Vilar, S. “La conformidad...” op. cit., p. 25 y sig.

⁵ Cfr. Del Moral García, A. “La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)”, en Revista Auctoritas Prudentium nº 1-2008, p. 2.

⁶ Cfr. Schünemann, B. “¿Crisis del procedimiento penal? (marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo)” en “Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio”, Madrid, 2002, p. 293. Añade que se trata de una cuestión que afecta al concepto de Derecho penal y que confunde en nuestra sociedad sistema jurídico y sistema económico.

⁷ Cfr. Puente Segura, L. “La conformidad en el proceso penal español”, Madrid, 1994, p. 13 y sig.

sin ignorar el monumental ahorro de recursos económicos para el Estado. Reduce la labor de acusación, defensa y magistratura resultando todos simultáneamente beneficiados primando, por lo tanto, un criterio utilitarista. En los Estados Unidos la mayor parte de los procesos penales culmina con una conformidad sin necesidad de llegar a juicio, siendo estos últimos cada vez más excepcionales. La misma tendencia se aprecia en Alemania y parece ir imponiéndose en nuestro país⁸.

La conformidad posee otro aspecto claramente positivo. En el espacio estricto del Derecho penal y de los fines de la pena, es la solución que más aporta a la reinserción social del condenado, ya que es un mecanismo que limita los efectos más negativos de la pena –fundamentalmente la *duración temporal* de la pena privativa de libertad- sin dejar de declarar la vigencia del Derecho y la necesaria aplicación de una condena a todos aquellos que cometen hechos delictivos.

3. ASPECTOS NEGATIVOS DE LA CONFORMIDAD

Es evidente que la conformidad resiente principios penales relevantes, como el de legalidad y el de igualdad. En orden a la *legalidad*, los ciudadanos que padecen la comisión de delitos se encuentran desapoderados de la acción penal de la que se hace cargo la Administración a través del Ministerio Público –con independencia de posibles actuaciones de la acusación particular-. Este desapoderamiento exige que la acción penal se ejerza efectivamente en nombre de todos, dando pie a uno de los principales fundamentos del principio de legalidad procesal. Sin embargo, en algunos supuestos de conformidad los marcos penales se alteran reduciendo el mínimo de pena que hubiera correspondido para este delito según los parámetros fijados por el legislador, lo que supone una alteración de competencias entre poderes (ejecutivo y judicial vs. legislativo). El principio de *igualdad* también quedará afectado, en la medida en que a los responsables de delitos idénticos se les aplicará mayor o menor pena por el sólo hecho de no haberse sometido a juicio y aligerar la carga laboral de los responsables de las acusaciones y de los jueces. Pero no son los únicos principios que pueden resultar afectados. Schünemann enumera un buen arsenal de principios procesales que pueden ser dañados: publicidad, intermediación, oralidad, presunción de inocencia, etc.⁹

Por otra parte, se entiende que se produce una *degradación* de la justicia penal, ya que no se cumplen sus fines ni en relación a la sociedad (la pena puede

⁸ Cfr. Del Moral García, A. “La conformidad...” op. cit. p. 4; Schünemann, B. “¿Crisis del procedimiento penal? ...” op. cit. p. 292.

⁹ Cfr. Schünemann, B. “¿Crisis del procedimiento penal? ...” op. cit. p. 295 y sig. Recuerda este autor que la Convención de Derechos Humanos considera que la presunción de inocencia también se vulnera si existen iniciativas judiciales dirigidas a obtener una confesión antes de la práctica de todas las pruebas en el juicio oral.

llegar a ser insuficiente) ni al autor (se condena sin pasar por un juicio justo). Se genera un espacio de *negociaciones paraprocesales* (clandestinas) entre Fiscal y defensa, normalmente carentes de la transparencia que debe regir si se pretende brindar una imagen íntegra de la Justicia¹⁰. Incluso puede entenderse que se penaliza la ausencia de conformidad. De esta manera se desvirtúan los principios procesales y el papel de las partes en el proceso¹¹.

En definitiva, se entra en el *juego* de la negociación. Prevalece la idea del *riesgo* de llegar a juicio, lo que se traduce en la posibilidad de sufrir la imposición una pena mayor, o de ser castigado por un delito más estigmatizante (por ej. delitos sexuales o de violencia de género). Lo que debería suponer la materialización de la justicia se ha convertido en la asunción de un riesgo. El temor que se genera puede ser utilizado como estrategia por la acusación para incrementar indebidamente la amenaza –será más fácil la conformidad al ofrecer posteriormente una rebaja de pena– o bien ser padecido por el acusado, que incluso puede llegar a admitir un delito de menor relevancia que no ha cometido, violándose así todas sus garantías¹².

En épocas muy recientes, al constatarse un cambio de opinión de un imputado por delito fiscal cuyos abogados habían alcanzado un acuerdo de conformidad con la fiscalía y acusación particular que no fue ratificado por el interesado ante el Tribunal, se considera que “lo previsible ahora es que eleven su petición de penas ante el enorme malestar que ha generado el caso”¹³.

4. CARACTERIZACIÓN DE LA CONFORMIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Como defiende un importante sector doctrinal, nuestro sistema procesal penal adolece del que ha sido calificado acertadamente como “caos procedimental”¹⁴, en el que coexisten al menos seis procedimientos diferentes, de lo que se deriva también distintas posibilidades de afrontar el fenómeno de la conformidad, sus características y consecuencias.

En un primer momento, la conformidad se reducía a una adhesión sin más del imputado a las pretensiones punitivas de las acusaciones. A partir de la introducción del procedimiento abreviado por LO 7/1988, de 28 de diciembre, cambió completamente la perspectiva abocándose el marco jurídico a la conformidad fruto de una negociación entre la parte acusadora y la defensa. Así, de manera expresa, la Circular 1/1989 de la

¹⁰ Cfr. Del Moral García, A. “La conformidad...” op. cit. p. 3.

¹¹ Cfr. Barona Vilar, S. “La conformidad...” op. cit., p. 55.

¹² Cfr. Del Moral García, A. “La conformidad...” op. cit. p. 7.

¹³ https://www.elconfidencial.com/espana/2017-12-18/jaime-botin-rectifica-y-ya-no-acepta-un-delito-fiscal-por-evadir-impuestos-de-su-jet-privado_1494663/

¹⁴ Así, Gimeno Sendra, V. “Derecho procesal penal” 2ª ed. Madrid, 2015, p. 959.

Fiscalía General del Estado invita reiteradamente al Ministerio Público a llegar a acuerdos de conformidad, afirmando que “La Ley prevé aquí una nueva oportunidad para el acuerdo entre el Fiscal y la defensa, permitiendo incluso al primero presentar un nuevo escrito de calificación, con la limitación de que la acusación no pueda ser más grave -ni por hecho distinto del contenido en el escrito de acusación originario - pero autorizando, en cambio, a suavizar las peticiones de forma que sean más aceptables para el acusado (siempre recordemos, dentro de los términos de las facultades de arbitrio que la Ley autoriza y la interpretación de los hechos permitan legalmente apreciar). La sensibilidad y habilidad de los Señores Fiscales debe ser utilizada para agotar al máximo el cumplimiento del espíritu de la ley, especialmente en los delitos de menor entidad, adoptando posiciones estratégicas en el proceso que fomenten la conformidad de los acusados y eviten la carga procesal de la celebración del juicio” (p. 418).

También la aparición del enjuiciamiento rápido (que incorporó la *conformidad premiada*) a partir de la Ley 38/2002 y la Ley Orgánica 8/2002, ambas de 24 de octubre, ha dado un importante giro a este insituto. Ha recalcado el aspecto negociador la Circular 1/2003 de 7 de abril, de la Fiscalía General del Estado, afirmando que “Exige la norma además que se documente el acuerdo mediante escrito de acusación con la conformidad del acusado. Dado que la filosofía de la reforma procesal es conseguir la máxima flexibilización de los trámites, puede admitirse que la documentación del acuerdo se realice en la misma acta de la comparecencia levantada por el Secretario Judicial, siempre y cuando recoja en su integridad todos los elementos integrantes de la calificación conjunta que va a posibilitar la conclusión anticipada del proceso. Esta posibilidad se armoniza con el efecto inmediato del acuerdo, que no es otro que la conversión de las diligencias previas en procedimiento para el enjuiciamiento rápido, en el que la calificación conjunta puede formalizarse verbalmente (art. 800.2 LECrim). El tenor de la norma atribuye al Juez la iniciativa de la convocatoria, si bien nada se opone a que sean el Fiscal y la defensa quienes insten la celebración de la comparecencia para formalizar un acuerdo previamente alcanzado. Esta salida será la más común en la práctica, pues las soluciones consensuadas suelen ser fruto de la negociación extraprocesal y resultan difícilmente reducibles a un esquema predeterminado de ordenación procedimental”.

5. NATURALEZA JURÍDICA

Estamos ante un recurso que pone fin al proceso penal anticipadamente, permitiendo a la acusación un importante ahorro de esfuerzos probatorios e incertidumbre por el resultado, y que para el acusado gira sustancialmente en torno a admitir la culpabilidad a cambio de una rebaja de pena. La jurisprudencia se ha manifestado respecto a su naturaleza jurídica.

STS 1/03/1988 (TOL5.110.599, Ponente Vivas Marzal) “En lo que respecta a su naturaleza jurídica, es cuestión asaz controvertida, encontrando ciertos sectores doctrinales semejanza entre esta figura y el allanamiento propio

del proceso civil, aunque sea preciso reconocer que en éste rige el principio dispositivo, mientras que en el proceso penal, prepondera el de legalidad; otras opiniones entienden que la debatida figura pugna con el principio conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y defendido, aunque lo cierto es que sí pudo defenderse y ser oído, renunciando a ello porque quiso, admitiendo y confesando su culpabilidad; finalmente se ha dicho que la conformidad no es un acto de prueba, sino un medio de poner fin al proceso, es decir, una situación de crisis del mismo, mediante la cual se llega a la sentencia, sin juicio oral y público y de modo acelerado, consecuente a la escasa gravedad de la pena solicitada por las acusaciones y el convenio o acuerdo habido entre acusadores y acusados, en el que han participado los defensores de estos últimos”.

Se trata, sin duda, de una institución propia del proceso penal. Pero sus repercusiones, fundamentalmente la posible rebaja de la pena privativa de libertad, que puede disminuirse *en un tercio* del mínimo legal (conformidad premiada), o *hasta un tercio* del mínimo legal (en el proceso por aceptación de Decreto), afecta directamente la escala punitiva prevista en el Código Penal. Adviértase que la conformidad en el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido se ha regulado a través de una Ley Orgánica (LO 8/2002, de 24 de octubre) no siendo susceptible de regirse por una ley ordinaria¹⁵.

En otras palabras, con estas características no puede ser una institución ajena a la teoría del delito, integrándose en alguno de sus elementos. Como hemos sostenido en otra ocasión, reivindicando la importancia de la relación que existe entre el Derecho Penal sustantivo y procesal, debe existir una interpretación conciliadora de tres elementos: el delito, la determinación de la pena y el proceso penal¹⁶. En esa ocasión llegamos a una caracterización tripartita de la punibilidad, momento sistemático guiado por criterios político criminales que incorpora junto a las condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias (causas de exclusión de la punibilidad) las *condiciones de procedibilidad* como tercer grupo de supuestos que conforman este eslabón sistemático. Allí se encuentran la prescripción del delito, las inmunidades o las condiciones de perseguibilidad¹⁷, a lo que nosotros añadimos ahora la conformidad. Esta solución interpretativa permite explicar satisfactoriamente por qué una pena merecida no llega a imponerse.

¹⁵ La Exposición de Motivos de la mencionada ley entiende que existen “algunos aspectos no susceptibles de modificación por una Ley ordinaria, de acuerdo con nuestra Constitución (...) Tal ocurre, por ejemplo, respecto a la novedosa posibilidad de que el Juez de Instrucción pueda, en determinados casos, dictar sentencia sin enjuiciar los hechos, en la medida en que supone una competencia que requiere la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Entendemos que otro ejemplo de la necesidad de Ley Orgánica es la posibilidad abierta de imponer una pena menor al mínimo previsto en el propio Código Penal.

¹⁶ En este sentido Freund, G. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (trad. Ragués), en AAVV, El Sistema integral del Derecho Penal Madrid, 2004, p. 95.

¹⁷ Cfr. Ferré Olivé, J. C. “Punibilidad y proceso penal”, Revista General de Derecho Penal nº 10, 2008, p. 12 y sig.

En el caso de la conformidad, explicaría por qué se rebaja la pena –incluso debajo del mínimo legalmente previsto- ante un delito plenamente consumado y confeso. Curiosamente, se advierte en el Proyecto de Código Penal para Brasil que se encuentra actualmente en discusión la incorporación de la conformidad o “*barganha*” (negociación) en el propio texto del Código Penal (art. 105), lo que demuestra un avanzado criterio que no desconoce a esta institución sus profundas características sustantivas.

6. PECULIARIDADES DE LA CONFORMIDAD EN CADA PROCESO

6.1. En el sumario ordinario

En el proceso ordinario, previsto para delitos graves que tienen señalada por Ley pena privativa de libertad superior a nueve años, la posibilidad de la conformidad se contempla en dos momentos: en la calificación provisional y al comienzo del juicio oral.

Esta conformidad solo es admisible para delitos amenazados con pena que no supere los seis años de prisión, pero no se atiende a la pena abstracta que determina el procedimiento aplicable (nueve años) sino por la pena concreta pedida por las partes acusadoras (menor a seis años) considerando las circunstancias y el grado de ejecución¹⁸.

6.1.1. Conformidad en la calificación provisional

Una vez decretada la apertura del juicio oral, tras los escritos de calificación provisional de las acusaciones al evacuar el traslado de calificación, la defensa podrá manifestar la conformidad absoluta con la más grave de las calificaciones (de haber más de una) y con la pena solicitada, siempre que esta fuera de *carácter correccional* (artículo 655 LEC). Esta anacrónica terminología está indicando que la pena no supere los seis años de prisión, la ya desaparecida *prisión menor*. El procedimiento finaliza dictándose la sentencia condenatoria que proceda, sin que se pueda imponer una pena que supere la acordada. Sin embargo, el juicio habrá de continuar si el Tribunal estima que la calificación aceptada no es correcta por corresponder una más grave, o si la defensa, no obstante haberse manifestado la conformidad, lo considera conveniente, o, de ser varios los enjuiciados, si no todos manifiestan su conformidad. Si la disidencia se refiere únicamente a las responsabilidades civiles, continuará el juicio limitando el debate y la prueba a lo relativo a la responsabilidad civil.

6.1.2. Conformidad al comienzo del juicio oral

Superada la fase intermedia, aparece el segundo momento en el que puede alcanzarse la conformidad en el proceso ordinario. Al inicio de las sesiones el

¹⁸ Cfr. Barona Vilar, S. “La conformidad...” op. cit., p. 251.

Presidente del Tribunal habrá de preguntar a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito o de cada uno de los delitos que se le imputan en el escrito de calificación y responsable civilmente de la restitución de la cosa o del pago de la cantidad fijada por razón de daños y perjuicios. De responder afirmativamente el único acusado o todos ellos –en caso de ser varios- y no considerar necesaria la defensa la continuidad del juicio, se dictará directamente sentencia de conformidad en los términos del art 655. Si junto a la acusación del Ministerio Fiscal hubiera acusación particular, la conformidad deberá de referir a la más grave de las calificaciones y en cuanto a la responsabilidad civil a la mayor cantidad fijada¹⁹.

Sin embargo, y conforme a la regulación prevista en los arts. 688 y sig. LEC el juicio deberá continuar:

- Si el procesado o procesados no contestaran a las preguntas que al efecto hiciera el presidente del tribunal.

- Si pese a manifestar el acusado o acusados afirmativamente a las preguntas del Tribunal, algún defensor considera necesaria la continuación.

- Si, siendo varios los acusados, alguno de ellos no admite la participación que se le atribuye.

A pesar de la conformidad del acusado o acusados y sus defensores, continuará el juicio cuando no hubiera sido posible hacer constar la existencia del cuerpo del delito si, considerándose cometido dicho delito, debería existir constancia de su cuerpo en el proceso²⁰.

6.1.3. Crítica

En el sumario ordinario la conformidad, aunque es posible, carece de sentido, pues no existe realmente una negociación ni está prevista como un acuerdo de partes, sino como el mero sometimiento o adhesión a las demandas de las partes

¹⁹ Cuando la discrepancia se refiera únicamente a la responsabilidad civil, el juicio sólo habrá de continuar en relación a dicho extremo, y si dicha responsabilidad se atribuye a un tercero el interrogatorio deberá dirigirse a éste. Admitida la responsabilidad penal por todos los acusados, y no considerando necesaria su defensa la continuación del juicio, si el tercero a que se atribuye exclusivamente la responsabilidad civil no comparece o no se conforma con las conclusiones del escrito de calificación referidas a ese extremo continuará el juicio limitando el debate y la prueba a la responsabilidad civil. Asumida la responsabilidad penal por el acusado o por todos ellos de ser varios, la negativa a contestar a las preguntas referidas a la responsabilidad civil sea por los mismo acusados a quienes se imputa o por el tercero considerado civilmente responsable determinará el apereamiento por parte del presidente del tribunal con declararle confeso en ese extremo y de persistir en la negativa se le declarará confeso dictándose seguidamente sentencia de conformidad también en lo relativo a la responsabilidad civil.

²⁰ Considera Barona Vilar que el motivo que fundamenta este impedimento a la conformidad se basa en que el sujeto ha podido hacer desaparecer estos medios de prueba para obstaculizar la acción de la justicia por lo que debe perder el beneficio que se solicita. Cfr. “La conformidad...” op. cit. p. 257. Pero también podría pensarse que esta disposición establece una garantía para el reo, evitando que su sola confesión sin otras pruebas de cargo fundamenten una sentencia de condena.

acusadoras. Además, como ha apuntado la doctrina, son normas que carecen de relevancia práctica ante la normativa que regula la conformidad en el procedimiento abreviado²¹. En síntesis, podría alcanzarse un acuerdo subrepticio para llegar a una calificación menor entre el Ministerio Público y la defensa, solución que no cuenta con un aval legal específico y que, en caso de ser irregular, puede ser corregido por las instancias jurisdiccionales negándole validez jurídica.

6.2. En el procedimiento abreviado

En el proceso abreviado, previsto para delitos que tienen señalada por Ley pena privativa de libertad no superior a nueve años, o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza con independencia de su cuantía o duración, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, también existen distintos momentos procesales y formas para manifestar la conformidad: a través de una manifestación unilateral de adhesión al escrito de la acusación al evacuar el escrito de defensa o, con posterioridad, presentando un escrito conjunto de conformidad entre acusación y defensa.

6.2.1. Adhesión plena al escrito de acusación

En la fase intermedia, una vez abierto el juicio oral y al evacuar el escrito de defensa el acusado puede manifestar expresamente, firmando junto a su letrado, la conformidad con la acusación en los términos del art. 787 LECr (párrafo 1º del artículo 784.3 LECr). Esta conformidad también se puede manifestar verbalmente dentro de las sesiones del juicio oral, antes del inicio de la práctica de la prueba, modificando el criterio sustentado en el escrito de defensa (art. 787.1 LECr). Puede materializarse incluso sobre la base de una nueva calificación de los hechos realizada por el Ministerio Público.

6.2.2. Conformidad consensuada

En cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral (incluso en la fase intermedia) el acusado puede optar por la presentación de un escrito de conformidad suscrito conjuntamente con el Ministerio Fiscal (párrafo 2º del artículo 784.3 LECr). Evidentemente se llega a este escrito conjunto en base a una negociación en la que entran en juego la pena solicitada y la calificación del delito, aproximándose así al sistema norteamericano del *plea bargaining*. No estamos aquí ante un supuesto de allanamiento sino de negociación, aunque sujeto plenamente a los límites legales²².

²¹ Cfr. Gimeno Sendra, V. "Derecho procesal penal" 2ª ed. Madrid, 2015, p 770.

²² Un sector doctrinal considera que la conformidad en España "encierra siempre un allanamiento de la defensa a la pretensión penal, entendida como petición de pena y no como hecho punible". Así Gime-

6.2.3. Requisitos

En todos estos supuestos la posibilidad de dictar sentencia de conformidad queda subordinada al cumplimiento de una serie de requisitos:

- Que la pena consensuada no exceda de 6 años de prisión.
- Que el Juez o Tribunal, a partir del relato fáctico aceptado, considere correcta la calificación y procedente la pena. De considerar incorrecta la calificación o improcedente la pena sólo cabrá dictar sentencia de conformidad si, a requerimiento del órgano sentenciador, la parte que formula la acusación más grave modifica su escrito de acusación, de modo que la calificación pueda reputarse correcta y la pena procedente, y el acusado preste conformidad con esta modificación. En caso contrario deberá continuar el juicio.
- Que el Juez o Tribunal haya oído al acusado sobre la libertad de su decisión y el conocimiento de sus consecuencias. Al efecto se establece en el apartado 4º que el Juez o el presidente del Tribunal, tras informar al acusado de sus consecuencias, le requerirá para que manifieste su conformidad. En caso de albergar dudas sobre la libertad de la decisión, dispondrá la continuación del juicio. Tratándose de una persona jurídica la conformidad debe prestarla el representante especialmente designado para ello.
- Que el defensor del acusado no considere necesaria la continuación del juicio o considerándolo necesario el órgano sentenciador repunte infundada su petición (art. 787.4 párr. 2º LECr). Estamos ante una solución distinta a la que opera en el sumario ordinario, en el que es preceptivo que el letrado defensor no considere necesaria la celebración del juicio (arts. 655 y 694 LECr).

6.3. En el enjuiciamiento rápido (conformidad premiada)

La Ley 38/2002, de 24 de octubre, ha incorporado en la LECr un procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos que, con la finalidad de agilizar el procedimiento penal, introduce una nueva modalidad de conformidad en el art. 801 LECr que se exterioriza ante el Juzgado de Guardia y supone la automática reducción de la pena en un tercio, incluso si ésta se coloca por debajo del mínimo legal.

6.3.1. Requisitos del enjuiciamiento rápido

Conviene precisar el ámbito de aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, delimitado en el artículo 795 LECr:

no Sendra, V. "Derecho procesal penal"... op. cit. p. 771. Sin embargo, esta terminología no deja de ser confusa, porque para llegar a un punto común de acuerdo las acusaciones deben rebajar sus pretensiones a una petición de pena susceptible de transacción a la que el sujeto finalmente debe "allanarse".

- Que se trate de delitos castigados con pena privativa que no exceda de 5 años u otras penas, únicas, conjuntas o alternativas cuya duración no exceda de 10 años, cualquiera sea su cuantía;
- Que el procedimiento penal se incoe por atestado policial;
- Que la policía judicial haya detenido a una persona poniéndola a disposición del juez de guardia o, aún sin detención, la haya citado ante dicho juzgado como denunciado en el atestado y,
 - Que, además, concorra cualquiera de las siguientes circunstancias:
 - Se trate de un delito flagrante;
 - Se trate de delitos de lesiones coacciones amenazas o violencia habitual contra las personas del 173.2 CP, robo, hurto, hurto y robo de uso de vehículos, daños del 263 CP, salud pública del 368, delitos flagrantes contra la propiedad intelectual e industrial;
 - Se trate de delitos en los que la Instrucción deba presumirse sencilla.

6.3.2. Del procedimiento abreviado al enjuiciamiento rápido

Además de los supuestos contemplados en el artículo 795 LECr que definen el ámbito propio de las Diligencias Urgentes ante el Juzgado de Guardia preparatorias del Juicio Rápido, al ámbito del Juicio Rápido y por ello al mismo régimen de conformidad premiada del artículo 801 puede accederse desde las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado cuando tras practicarse las diligencias de investigación que se reputaran pertinentes y antes de decidir la continuación por los trámites del procedimiento abreviado, el investigado con asistencia letrada hubiera reconocido los hechos en presencia judicial. En tal caso el artículo 779 LECr dispone que se convocará al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas para que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado, y, de ser así, se incoarán diligencias urgentes disponiendo la continuación de las actuaciones por los cauces de los artículos 800 y 801 LECr. Esta vía permite que en el caso de algunos delitos que no cumplen los requisitos previstos en el art. 795 LECr, pueda aplicarse el régimen propio de la conformidad premiada.

6.3.3. Requisitos y características de la conformidad premiada

Debe producirse ante el propio Juzgado de Guardia, suponiendo el dictado de sentencia por el propio Juez de Guardia con una *rebaja de un tercio* de la pena solicitada por la acusación, si bien sujeta a los siguientes requisitos:

1º No habiéndose constituido acusación particular, que el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y una vez acordada, que se hubiera presentado escrito de acusación. En el caso de existir acusación particular la

conformidad deberá referirse a la más grave de las acusaciones formuladas y plasmarse en el escrito de defensa²³.

2º Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.

3º Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

El control de la conformidad por parte del Juez de Guardia se sujeta a los términos del artículo 787 LECr, esto es, que a partir del relato fáctico aceptado reputa correcta la calificación y procedente la pena, así como que la conformidad se ha manifestado de forma libre y con conocimiento de sus consecuencias tras ser debidamente informado el acusado. Concurriendo los presupuestos anteriores se dictará sentencia de conformidad oralmente, en la que se impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando ello entrañe la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el código penal. Si el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas manifiestan en el acto la decisión de no recurrir, se declarará oralmente la firmeza de la sentencia, resolviendo seguidamente el propio Juez de Guardia sobre la suspensión o sustitución si la pena impuesta fuera privativa de libertad. Se prevé además que el propio Juez de Guardia dé inicio a la ejecución en lo que refiere a la pena privativa de libertad con remisión al Juzgado de lo Penal competente para continuar la ejecución.

6.4. En el proceso por aceptación de Decreto (delitos menores)

Este proceso ha sido introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (arts. 803 bis a) a 803 bis j LECr). Según su Preámbulo se trata de un proceso de naturaleza monitoria, que supone agilidad y ausencia de controversia, y permite la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme si se dan los requisitos objetivos y subjetivos previstos y el encausado, asistido de Letrado, manifiesta su aceptación. La finalidad de este procedimiento es el establecimiento de un cauce de resolución anticipada de las causas penales para delitos de menor entidad (delitos leves y menos graves que se encuentren dentro de su ámbito material de aplicación

²³ La aparente contradicción entre el apartado 1 del precepto que exige como requisito para que la conformidad se produzca ante el Juzgado de Guardia dictándose sentencia de conformidad por el propio Juez de Guardia “ que no se hubiere constituido acusación particular “, y el apartado 4º que contempla la posibilidad de conformidad con la más grave de las acusaciones de existir acusador particular en la causa, sólo se salva atendiendo al distinto régimen del artículo 800 en orden a la formulación de la acusación según concurra o no acusación particular. Así, en caso de que la acusación sólo sea sostenida por el Ministerio Fiscal, decidida la apertura del juicio oral se formulará “ de inmediato” por escrito o de forma oral (artículo 800.2) , sin embargo , de concurrir acusador particular el apartado 4 del mismo artículo permite diferir la presentación de los escritos de acusación hasta un máximo de dos días.

por razón de la pena), correspondiendo la iniciativa de la aplicación del proceso especial al Ministerio Fiscal. La intervención judicial puede limitarse al control de la concurrencia de los presupuestos para la aplicación del proceso especial y de la libertad del consentimiento del encausado. El ámbito de aplicación de este proceso se delimita en el artículo 803 bis a) LECr temporalmente a la fase de instrucción, esto es, desde el inicio de las diligencias de investigación por el Ministerio Fiscal o por la autoridad judicial, hasta la finalización de la fase de instrucción.

No es ningún misterio que el legislador ha arbitrado esta conformidad para atender a un sector específico de la delincuencia: los delitos contra la seguridad del tráfico rodado, y más concretamente para dar una solución práctica y ágil a la cada vez más frecuente comisión del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 379.2 CP), adaptando el proceso a las características y penas previstas para ese delito²⁴.

6.4.1. Requisitos

Deben darse los siguientes presupuestos, que deben concurrir cumulativamente:

- Tratarse de delitos conminados en abstracto con pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o prisión que no exceda de un año, susceptible de suspenderse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 CP, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores.

- Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable sea de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores²⁵.

- Que no se haya personado acusación particular.

Concurriendo tales presupuestos, y aun cuando el investigado no haya sido llamado a declarar, podrá seguirse el procedimiento para el ejercicio de la acción penal y civil, dictando el Ministerio Fiscal decreto con el siguiente contenido: identidad del investigado, descripción del hecho, indicación del delito cometido, mención sucinta de la prueba existente, breve exposición de los motivos por los que entiende

²⁴ Cfr. Sánchez Melgarejo, F. R. “El proceso por aceptación de decreto: ¿una verdadera vía para la conformidad penal?” (I). *Abogacía española*, 24/2/2016, p. 2.

²⁵ Se exige que la pena amenazada, en caso de ser privativa de libertad, cumpla dos requisitos: que sea menor de un año, y que pueda ser suspendida. Al mismo tiempo, se exige que la pena concreta solicitada por el fiscal sea de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Todo ello genera un laberinto de conjeturas bastante desconcertante e insólito. Si se amenaza con una pena única privativa de libertad de menos de un año (por ejemplo, tratándose del delito contable-tributario del art. 310 CP), solo podrá solicitarse una pena concreta de multa o trabajos en beneficio de la comunidad si existen rebajas de penas muy privilegiadas que lleven a una pena menor a los tres meses de prisión, hipótesis en la que cabe reemplazar la prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 71.2 CP). Cfr. Sánchez Melgarejo, F. R. “El proceso por aceptación de decreto” (I), op. cit. p. 2. Esto señala claramente que estamos ante una conformidad creada “a la medida” de un delito concreto contra la seguridad del tráfico, prácticamente el único en el que pueden cumplirse plenamente todos sus requisitos.

que, en su caso, la pena de prisión ha de ser sustituida, y proposición de pena, que sólo podrá consistir en multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores, pudiendo reducirla en hasta un tercio de la legalmente prevista aun cuando ello suponga imponer pena por debajo del límite mínimo previsto en el código penal; así como la petición de restitución e indemnización procedentes²⁶.

6.4.2. Valoración crítica

Se ha cuestionado acertadamente el propio concepto de “aceptación de decreto”, ya que el procedimiento solo puede concluir en base a una sentencia judicial y los jueces no dictan “decretos” –solo lo hacen el Ministerio Público y los Letrados de la Administración de Justicia- sino autos y sentencias²⁷. En todo caso, parece indicar la intención legislativa del momento –paralizada en la actualidad- de asignar la Instrucción penal al Ministerio Público, siendo ésta una de sus primeras manifestaciones. Sin embargo, su técnica legislativa es muy deficiente, siendo prácticamente todos los casos encuadrables en la figura de la conformidad en el enjuiciamiento rápido, en la que la reducción de la pena en un tercio es imperativa, siendo en el supuesto aquí analizado la reducción de un tercio el límite máximo dentro de un espacio de reducción facultativo. Paralelamente, son muy escasos los procesos en los que las diligencias de investigación a cargo del Ministerio Fiscal no prevean una pena que supere el año de prisión o la pena de inhabilitación especial, lo que excluye la aplicación de este procedimiento de conformidad²⁸.

Como otro motivo de crítica encontramos su escasísima aplicación práctica. A pesar de los ambiciosos objetivos que señala el Preámbulo de la Ley 41/2015, al indicar que “Su efectiva aplicación implicará una reducción significativa de las instrucciones y ulteriores juicios orales, lo que redundará también en beneficio del

²⁶ El Decreto se remitirá la Juez de Instrucción competente que lo autorizará por medio de Auto si concurren los presupuestos del artículo 803 bis a) notificando al encausado el Auto de autorización y el decreto o lo dejara sin efecto en otro caso. Al notificar el Auto de autorización se emplazará al encausado para comparecer ante el juzgado informándole del fin de la comparecencia, de la preceptiva asistencia de letrado, los efectos de la incomparecencia, así como de su derecho de aceptar o no la propuesta del Ministerio fiscal. Comparecido el encausado ante el Juzgado de Instrucción con asistencia letrada y tras asegurarse el Juez de que comprende el significado del decreto y las consecuencias de su aceptación, si acepta la propuesta de pena en todos sus términos, incluido lo relativo a la responsabilidad civil, el Juzgado le atribuirá carácter de resolución judicial firme documentándola en tres días en forma de sentencia condenatoria contra la que no cabrá recurso. De no comparecer o no aceptar en todo o parte la propuesta referida a la pena o la responsabilidad civil, quedará sin efecto la propuesta continuando la instrucción por sus propios trámites, sin que, de igual modo que si el Instructor no llegase a autorizar la propuesta, el Ministerio Fiscal se encuentre vinculado por su contenido. De comparecer el encausado sin asistencia letrada se suspenderá por auto la comparecencia señalando nueva fecha para su celebración.

²⁷ Cfr. Sánchez Melgarejo, F. R. “El proceso por aceptación de decreto” (I), op. cit. p. 1.

²⁸ Cfr. Sánchez Melgarejo, F. R. “El proceso por aceptación de decreto” (I), op. cit. p. 2.

acortamiento de la denominada *fase intermedia* de los procedimientos”, las estadísticas no reflejan semejante optimismo. En su primer año de vigencia, según la Memoria del CGPJ correspondiente a 2016, únicamente fueron dictados 112 Decretos de conformidad, de los cuales 99 se formalizaron en sentencia condenatoria, 10 devinieron ineficaces y en 3 casos se dictó auto de no autorización.

En definitiva, estamos en el espacio propio de ciertos delitos menores, que se han convertido en el sistema norteamericano en una especie de “contrato de adhesión”, en una institución que más se parece a un supermercado con precios previamente etiquetados que el sujeto acepta o rechaza, en el que no cabe negociación alguna²⁹. En la misma línea de razonamiento, podemos apreciar que nos encontramos ante la “producción en cadena de justicia”, lo que se conoce últimamente como la “McDonalquización del proceso penal”, es decir, un momento en el que los principios del restaurante de comida rápida se trasladan al propio proceso penal³⁰. En esto se han convertido los procedimientos que afectan a numerosos delitos contra la seguridad del tráfico rodado (v.gr. “*alcoholemias*”), que conducen a una auténtica *pantomima jurisdiccional*, impropia de un Estado de Derecho.

6.5. En el Juicio por el Tribunal de Jurado

También puede llegarse a la conformidad en el juicio por el Tribunal de Jurado, regulado en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, cuando se trate de los delitos cuya competencia resulta de los artículos 1 y 5 de la mencionada Ley. Señala la doctrina que en este tipo de procedimientos caben tres posibles conformidades. Por una parte, las conformidades ya analizadas, aplicables en el proceso común para delitos graves (sumario ordinario), que sería de aplicación supletoria en virtud del art. 24.2 de la LO 5/1995³¹. Y, por otra parte, dispone el art. 50 que “procederá la disolución del Jurado si las partes interesaren que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que presentaren en el acto, suscrito por todas, sin inclusión de otros hechos que los objeto de juicio, ni calificación más grave que la incluida en las conclusiones provisionales. La pena conformada no podrá exceder de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos”.

Formulada la petición de sentencia de conformidad en tales términos, se atribuyen mayores poderes de control al Magistrado- Presidente, que procederá a disolver el Jurado dictando la sentencia “que proceda”, atendidos los hechos

²⁹ Cfr. Del Moral García, A. “La conformidad...” p. 6.

³⁰ Cfr. Molina López, R. “La McDonalquización del proceso penal”, en Revista Facultad de Derecho y Cc. Políticas; Medellín, Vol. 38, nº 109, p. 317.

³¹ Cfr. Gimeno Sendra, V. “Derecho procesal pena...”, op. cit. p. 771.

admitidos por las partes, lo que supone que no queda vinculado por la calificación jurídica ni por la petición de pena que sólo habrá de operar como límite máximo. Sin embargo y aun cuando existiera una solicitud de sentencia de conformidad dentro de los límites indicados, podrá el Magistrado- Presidente no acceder a su dictado ordenando, sin disolución del Jurado, la continuación del juicio. Para ello debe considerar que concurren motivos para entender que el hecho no ha sido cometido o que no lo fue por el acusado. También puede, oídas las partes, someter directamente por escrito el objeto del veredicto al Jurado cuando considere que los hechos aceptados pudieran no ser constitutivos de delito, o pudiera concurrir causa de exención o preceptiva atenuación.

6.6. En el proceso penal de Menores

En el ámbito la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (mayores de 14 y menores de 18 años) también cabe la conformidad. Una vez formulados los escritos de alegaciones de las acusaciones, el artículo 32 de la Ley admite que el menor manifieste su conformidad con las medidas y la responsabilidad civil interesadas por el ministerio fiscal o en su caso, la acusación particular y el actor civil, en cuyo caso se dictará sentencia de conformidad. Sin embargo, no se contempla la posibilidad de conformidad cuando alguna de las medidas solicitadas sea la de internamiento del menor en cualquiera de sus modalidades.

Para garantizar la libertad de la manifestación de la conformidad se contempla que previamente el Letrado de la Administración de Justicia informe al menor “en lenguaje comprensible adaptado a su edad” de las medidas y responsabilidad civil interesadas en los escritos de alegaciones, tras lo que el Juez de Menores preguntará si se declara autor de los hechos y conforme con las medidas solicitadas y la responsabilidad civil. De manifestar la conformidad, **oídos el letrado del menor y los destinatarios de la acción civil, en su caso**, podrá dictarse sentencia de conformidad. Si el letrado del menor no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por aquel, el juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia debiendo razonar la decisión en la sentencia. Igualmente se contempla la continuación de la audiencia para el caso de que el menor, aceptando los hechos, discrepe de la medida solicitada, bien que limitando la audiencia y la prueba a la determinación de la conveniencia de aplicar la medida interesada o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor que hubiera sido propuesta por alguna de las partes. Asimismo, se continuará practicando la prueba que se reputa precisa al sólo efecto de la responsabilidad civil, cuando la discrepancia se circunscriba a este extremo.

7. CUESTIONES COMUNES

7.1. La manifestación de la conformidad

En el Derecho positivo español ha sido muy significativa la doctrina trazada por la STS de 1 de marzo de 1988, que señala los requisitos básicos para otorgar relevancia jurídica a la conformidad³².

STS 1/03/1988 (TOL5.110.599, Ponente Vivas Marzal) “La referida conformidad, para que surta efectos, ha de ser necesariamente, absoluta, es decir, no supeditada a condición, plazo o limitación de clase alguna, personalísima, es decir, dimanante de los propios acusado o acusados o ratificada por ellos personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermediario, voluntaria, esto es, consciente y libre, formal, pues debe reunir las solemnidades requeridas por la Ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables, vinculante, tanto para el acusado o acusados como para las partes acusadoras, las cuales, una vez formulada, han de pasar necesariamente tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada, e incluso para las Audiencias, salvo los casos antes expresados, y finalmente, de doble garantía, pues se exige inexcusablemente, anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados -en la hipótesis contemplada en el artículo 655- o confesión del acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva manifestación del defensor o defensores de no considerar necesaria la continuación del juicio - artículos 688 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

7.1.1. Absoluta

El carácter absoluto de la conformidad radica en que no debe estar supeditada “a condición, plazo o limitación de clase alguna” (STS 1/03/1988). La conformidad debe abarcar todos y cada uno de los aspectos plasmados en la calificación acusatoria, sea a la que se adhiere el acusado, sea la contenida en el escrito presentado conjuntamente, en toda la extensión a la que se refiere en artículo 650 LECr (relato de hechos, incluidos los configuradores de circunstancias modificativas de la responsabilidad, calificación jurídica, participación, y las penas procedentes), sin perjuicio del régimen peculiar al que se somete la responsabilidad civil. Este criterio permite excluir una posibilidad existente en el sistema norteamericano, de la conformidad “con protesta de inocencia” según la cual no existen impedimentos para imponer la pena a un sujeto que se conforma pese a no admitir su participación en los hechos (caso *North Carolina vs. Alford*)³³.

³² Cfr. Barona Vilar, S. “La conformidad...” op. cit., p. 254.

³³ Caso *North Carolina vs. Alford*, United States Supreme Court cases, volume 400, 1970. Cfr. También

En épocas recientes, la prensa se ha hecho eco del proceso de conformidad de un conocido ex banquero imputado por delito fiscal, cuyos abogados, Ministerio Fiscal y acusación particular habían alcanzado un acuerdo que fue rechazado por el interesado ante el juez por haberse filtrado a la prensa, no respetando un supuesto “compromiso de confidencialidad”³⁴. Esta condición nunca podría haber sido considerada en la sentencia por más que se hubiera defendido verbal e irregularmente en los pactos previos.

7.1.2. Personalísima

Debe ser “dimanante de los propios acusado o acusados o ratificada por ellos personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermediario” (STS 1/03/1988). La regla, por motivos obvios, se matiza para el caso en que la conformidad sea prestada por persona jurídica a la que se exija responsabilidad penal (artículo 787.8º LECr).

7.1.3. Voluntaria

Debe ser “consciente y libre, formal, pues debe reunir las solemnidades requeridas por la Ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables” (STS 1/03/1988). La ley pretende asegurar la voluntariedad de la manifestación de la conformidad exigiendo que el encausado conozca aquello con lo que se conforma y las consecuencias de su aceptación. Es por ello que, al regular la conformidad en el Procedimiento Abreviado, el artículo 787 LECr, a cuyos términos remiten el art. 784 para el mismo tipo procedimental y el art. 801.2 para el enjuiciamiento rápido, exige que, una vez la defensa manifieste la conformidad el Juez o Presidente del Tribunal “informará al acusado de sus consecuencias y a continuación le requerirá a fin de que manifieste si presta su conformidad”, disponiendo la continuación del juicio si alberga dudas sobre si se ha prestado libremente. En el proceso especial por aceptación de Decreto el apartado 3º del art 803 bis h) impone al Juez asegurarse, en presencia del Letrado, de que el encausado “comprende el significado del decreto de propuesta de imposición de pena y los efectos de su aceptación”. Y conforme al art. 36.1 de la Ley de responsabilidad de los menores, previo a manifestar la conformidad, el menor habrá de ser informado por el Letrado de la Administración de Justicia en “lenguaje comprensible y adaptado a su edad” de las medidas y responsabilidad civil solicitadas, de los hechos y la causa en que se funden.

Es precisamente la falta de voluntariedad el fundamento de la estimación del recurso de casación en la STS 422/2017 de 13 de junio (TOL6175421, Ponente

Del Moral García, A. “La conformidad...” p. 8.

³⁴ <http://www.elmundo.es/economia/2017/12/19/5a3820a646163fde418b45cc.html>

Berdugo Gómez de la Torre) al entender que la confesión de parte de los acusados, que finalmente resultaron condenados en los términos de su conformidad, no fue libre y voluntaria. Dicha conformidad resultó condicionada por la declaración de licitud de las intervenciones telefónicas en el trámite inicial del juicio oral. Sin embargo, la posterior sentencia declaró la ilicitud de dichas diligencias y de todas las derivadas de ellas, lo que determinó la absolución de los que no se habían conformado. Destaca la mencionada Sentencia que “ha de tratarse de una declaración **voluntaria**, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar o condicionar tal voluntariedad”, así como que, en este caso, el consentimiento, al prestarse “desconociendo el dato relevante del contexto jurídico, esencial para la efectividad de su derecho de defensa no pudo reputarse libre”.

El desconocimiento de un dato relevante a la hora de consentir ha permitido la revisión de otras sentencias de conformidad. La STS 646/2017, de 02 de octubre (TOL6369743, Ponente Berdugo Gómez de la Torre), con cita de la sentencia 91/2012, de 13 de febrero (TOL2469159, Ponente Marchena Gómez), estimó un recurso de revisión al amparo del artículo 954.1.d.) LECr “en cuanto que con posterioridad a la sentencia de conformidad se acreditó que el condenado, al tiempo de los hechos, estaba en posesión de licencia para conducir vehículos de motor en un país extranjero, lo cual supone la aportación de datos nuevos que acreditan la inocencia del solicitante por el delito del art. 384.2 CP” y que, de haber sido conocidos en su momento, no le hubieran llevado a conformarse con la acusación.

7.1.4. Formal

Debe “reunir las solemnidades requeridas por la Ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables” (STS 1/03/1988). En particular debe manifestarse de forma expresa el consentimiento, sin que sea admisible una conformidad tácita o implícita, a salvo en lo relativo a la responsabilidad civil en que cabe, siguiendo los postulados propios del derecho procesal civil, cuando el aspecto penal ha sido plenamente reconocido, tener por confeso al encausado o al tercero contra el que se sigue la acción civil si persistiera en la negativa en contestar a las preguntas del presidente del tribunal en el ámbito de sumario ordinario (art.700 LECr) .

La manifestación de voluntad de aceptación de la acusación, según los distintos tipos procedimentales y momentos procesales podrá producirse bien en el escrito de defensa en forma de adhesión al escrito de acusación que contenga la más grave de las calificaciones, bien en un nuevo escrito que tras formular las partes las respectivas calificaciones provisionales, se presente conjuntamente firmado por todas ellas con el límite temporal del inicio de la práctica de la prueba, o bien manifestando la defensa de forma oral al inicio de las sesiones del juicio oral su adhesión al escrito de calificación provisional de la acusación, o al nuevo escrito de acusación que, con el fin de obtener la conformidad del acusado se presente en ese momento, con lo que, en términos de la STS 536/2017 de

11 de julio de 2017 (TOL6210210, Ponente Andrés Ibáñez), quedan sin vigencia la conclusiones provisionales de la defensa y las pretensiones formuladas en aquellas adquieren la nueva forma resultante del nuevo escrito de acusación al que se adhieren.

Con respecto al ámbito del Tribunal del Jurado, la Ley Orgánica sólo contempla de manera expresa la conformidad vinculada a la *disolución del Jurado*, como una de las causas para ello, lo cual en la práctica ha llevado a reflexionar sobre si cabe la conformidad en un momento anterior a la constitución del Jurado. Como ya hemos mencionado, desde la perspectiva doctrinal se admiten las conformidades aplicables en el proceso común para delitos graves (sumario ordinario), basándose en la aplicación supletoria de la LECr conforme al art. 24.2 de la LO 5/1995. Por otra parte, desde una perspectiva jurisdiccional, son particularmente relevantes los argumentos esgrimidos por las Sentencias de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Álava de 17 y 22 de enero de 2017. En dichos fallos se reconoce que la LOTJ carece de una norma específica más allá de la prevista en el artículo 50, apartado I de la Ley. Sin embargo, no admitir una conformidad en un momento anterior a la constitución del Jurado sería a todas luces contraproducente, ya que “iría en contra del principio de economía procesal y, lo que es más importante, contra la esencia misma de la institución del Jurado, ante la segura innecesaridad de su presencia en un acto que no va a requerir pronunciamiento alguno por su parte, ya que la Ley remite tan sólo al Magistrado-Presidente y no al Jurado la facultad de comprobar y censurar la pertinencia y viabilidad de la conformidad manifestada”. A esto se sumarían los inconvenientes económicos y personales de convocar a los jurados para inmediatamente disolverlos. En definitiva, sobre la base de la remisión prevista del art. 29.2 de la LOTJ al contenido del escrito de defensa del art. 652 LECr sería factible una aceptación de los términos de la acusación que llevaría a idéntico resultado previsto en el art. 655 LECr. En síntesis, “la ausencia de contradicción fáctica priva de sentido y de eficacia a la propia constitución del Jurado, por cuanto desaparece el objeto sobre el que recae su competencia jurisdiccional”.

7.1.5. Vinculante para las partes

La vinculación opera para todas las partes, “tanto para el acusado o acusados como para las partes acusadoras, las cuales, una vez formulada, han de pasar necesariamente tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada” (STS 1/03/1988). La vinculación de las partes al contenido de la declaración de conformidad tiene como manifestación directa la imposibilidad de recurrir por motivos de fondo la sentencia que se dicte fruto de esa conformidad, tal como proclama el apartado 7º del artículo 787 LECr permitiendo no obstante el recurso para el caso de que no se hayan respetado los términos de la conformidad, lo que a su vez, deriva de la vinculación del propio órgano judicial a sus términos.

7.1.6. Doble garantía

Dispone la sentencia de 1 de marzo de 1988 que seguimos en este punto que “se exige inexcusablemente, anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados (...) o confesión del acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva manifestación del defensor o defensores de no considerar necesaria la continuación del juicio”. Ahora bien, en puridad la doble garantía es estrictamente exigida en el ámbito del sumario ordinario, en que los arts. 655 y 694 LECr precisan para el dictado de sentencia de conformidad, que además de consentir el acusado, su letrado manifieste la no necesidad de continuación del juicio, que en caso contrario deberá continuar. En el ámbito del procedimiento abreviado se matiza la norma sujetando la decisión del Letrado de la defensa a un cierto control judicial, pues en este caso el párrafo segundo del apartado 4º del art 787 LECr, también aplicable enjuiciamiento rápido ex art 801.2 LECr, condiciona la continuación del juicio cuando el Letrado de la defensa manifieste esa necesidad a que el Juez considere fundada su petición. Dicho juicio de valoración sobre la necesidad de continuar el procedimiento que compete al juez, consideramos que exigirá la debida motivación que deberá plasmarse en la fundamentación de la sentencia. En el caso del Enjuiciamiento de Menores se contempla la posibilidad de que el Juez disponga la no continuación de la audiencia aun cuando el letrado del menor no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por aquel (no se requiere doble garantía), contemplando en esos casos de forma expresa que dicha decisión sea razonada en la sentencia (art 36 de la LO 5/2000 de 12 de enero).

Si la decisión de continuar el juicio es del acusado contra la opinión de su abogado, este último debería ser reemplazado por otro de oficio –en su caso– pues, como sostiene Gimeno Sendra, “al prestar su conformidad queda moralmente descalificado para seguir asumiendo la defensa”³⁵.

7.2. Reducción de la pena

A partir de la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, se introduce, como imperativo legal en el ámbito del Juicio Rápido cuando la conformidad se manifiesta ante el Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia, la reducción de la pena interesada en el escrito de acusación al que refiere la conformidad en un tercio, aun cuando ello arroje una pena por debajo del mínimo establecido por el código penal para el supuesto de que se trata. En caso del proceso por aceptación de decreto introducido por la Ley 41/2015 la reducción no es ya automática ni corresponde al Juez al dictar sentencia, sino que en el propio decreto de propuesta

³⁵ Cfr. Gimeno Sendra, V. “Derecho procesal penal...” op. cit. p. 776, quien se basa en “exigencias constitucionales del derecho de defensa”. Sin embargo, no necesariamente debe ser un abogado de oficio y, en definitiva, es una decisión que compete exclusivamente al acusado, quien podría seguir manteniendo al mismo letrado si es de su plena confianza.

de imposición de pena, el Ministerio Fiscal propondrá a pena reducida “hasta en un tercio” respecto de la legalmente prevista, aun cuando suponga la imposición de una inferior al límite mínimo previsto en el CP.

7.3. Recalificación de los hechos

Dentro de la negociación que se lleva a cabo, este recurso no se limita a una posible reducción de la pena que corresponde a los hechos ilícitos cometidos, sino también puede llegarse a jugar con su calificación. El sistema anglosajón, cuyo pragmatismo no parece tener límites, permite admitir, como recuerda Del Moral, “que el cargo original sea sustituido por otro que puede nada tener que ver con aquel y sin rubor alguno se manipula la verdad de los hechos, aceptándose confesiones de hechos que nunca han sucedido”³⁶. ¿Podemos importar estos criterios? ¿Tiene límites la calificación de los hechos en nuestro sistema? No existen previsiones legales expresas en relación a esta problemática. Queda en manos de los jueces advertir si en el acuerdo suscrito los intervinientes se han apartado de las calificaciones que hubieran correspondido. Consideramos que si el relato fáctico original ha resultado sustancialmente alterado (vg. eliminando hechos o características que pudieran fundamentar el paso de un tipo penal a otro más grave) el juzgador debería rechazar tal manifestación de conformidad, y hacer uso de la vía que prevé el art. 787.3 LECr.

7.4. La fiscalización del acuerdo

7.4.1. Aproximación

En estos casos, la defensa de la legalidad no está en manos del Ministerio Público sino de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, puede advertirse que en líneas generales jueces y tribunales adoptan posiciones que tienden a favorecer los acuerdos, una actitud ampliamente favorable en la que no suelen observarse con rigor las labores de fiscalización³⁷. El tribunal declarará como hechos probados los que resultan de la conformidad prestada por el acusado, los relatados por el Ministerio Fiscal y en su caso por la acusación particular en los escritos de acusación. El juzgador puede rechazar el acuerdo por falta de voluntariedad, porque la pena consensuada sea improcedente o por una incorrecta calificación de los hechos. Sin embargo, el Juez no puede cuestionar la descripción de los hechos aceptada por las partes (art. 787.2 LEC) por el sencillo hecho de que no se ha desarrollado plenamente el momento probatorio al no haberse celebrado el juicio. Se ha propuesto otorgar al

³⁶ Cfr. Del Moral García, A. “La conformidad...” p. 5.

³⁷ Cfr. Del Moral García, A. “La conformidad...” p. 3.

juez mayores competencias en esta materia como, por ejemplo, permitirle estimar eximentes o atenuantes que no hubieran sido valoradas por la defensa³⁸.

7.4.2. VINCULACIÓN AL RELATO FÁCTICO

Se requiere la plena vinculación del juzgador al relato fáctico aceptado por las partes, sin posibilidad de su alteración introduciendo otros hechos que incidan en la calificación jurídica. Ya la STS de 9 de junio de 1978 (TOL4241865, Ponente Gil Sáez) exigía que en las sentencias de conformidad **“se respeten los hechos que se reflejan en el escrito de acusación, vinculantes para el órgano judicial. Y separándose de la posible** conformidad, cuando la pena mutuamente aceptada, no corresponda desde un punto de vista legal. Pues al órgano judicial, repetimos, le corresponde el mantenimiento del principio de legalidad”. En este sentido es significativa la STS de 21 de noviembre de 1988 (TOL 2359968, Ponente Ruiz Vadillo) que estima el recurso de casación en un supuesto en que los acusados en el acto del juicio oral se confesaron autores del delito y conformes con las penas solicitadas en el escrito de acusación del Ministerio Público y, considerada innecesaria la continuación del juicio por sus Letrados, se dictó sentencia, en la que sin embargo, apartándose del relato de hechos del escrito de acusación la Sala incorpora a las circunstancias de los procesados la condición de drogadictos aplicando la eximente incompleta con la consiguiente reducción de la pena. La sentencia caracteriza la conformidad como “acto unilateral de disposición respecto a la pretensión penal ejercitada por la acusación, (...), que determina la finalización del procedimiento a través de una sentencia que ha de dictarse conforme a los términos fijados por la acusación”. Y concluye que “ya no pueden introducirse nuevos hechos con relieve penal, ni fijarse otras penas que las que fueron objeto de conformidad, aunque la Sala pueda moverse, dentro del título de condena, incluyendo en él las circunstancias concurrentes a los fines de individualización judicial de la pena. Un ensanchamiento en este sentido sería contrario a los principios que gobiernan la ordenación del proceso penal de acuerdo con la Constitución, aplicables a quienes son acusados y a los acusadores -dentro de las correspondientes matizaciones-, porque si los nuevos hechos no han sido objeto de debate y de prueba en el acto del juicio oral, y con toda obviedad uno y otra faltan en los supuestos de conformidad, la acusación o la defensa quedarían indefensos frente a las novedades introducidas de manera unilateral y sin controversia, ante el Tribunal sentenciador”.

La Sentencia de 6 de junio de 2017 de la AP de Soria, prescinde de imponer la medida de alejamiento solicitada por la madre de la menor víctima de un delito contra la libertad sexual, al faltar en el relato aceptado un fundamento fáctico para ello. Recuerda la Audiencia la doctrina fijada por el TS, entre otras, en Sentencia de

³⁸ Cfr. Del Moral García, A. “La conformidad...” p. 15.

15 de noviembre de 2011 “la conformidad, es, pues, una plasmación del principio de oportunidad, si bien, no obstante, en nuestro sistema existe un control de legalidad de la conformidad alcanzada que ha de llevar a cabo, necesariamente, el órgano judicial. Este control se concreta exclusivamente en que la calificación jurídica de los hechos y la pena pactada, se corresponden a la descripción fáctica aceptada por las partes”. Y razona la Audiencia “Lógicamente, no pueden fijarse penalidades cuando en la descripción fáctica aceptada no existe motivo alguno para hacer derivar responsabilidades penales, o extenderlas a más de lo que correspondería legalmente. Esto supone únicamente que debe comprobarse que la pena pactada sea legalmente posible según los preceptos del Código Penal aplicable, pero no permite entrar en la pena que podría ser impuesta aplicando esos mismos preceptos con criterios jurisprudenciales distintos de los utilizados por las partes. El órgano judicial tiene limitado su poder jurisdiccional a los términos de la acusación que no pueden ser superados en perjuicio del reo, y se desbordaría ese límite infranqueable si se desatendiese la apreciación de una circunstancia solicitada por las partes acusadoras. No es suficiente que la pena no supere la pedida por la acusación, sino que es necesaria la existencia de una correlación entre acusación -y el relato fáctico correspondiente- y el fallo donde se recoge la pena correspondiente”.

7.4.3. Vinculación a la pena

La vinculación del órgano sentenciador a la pena conformada, sólo opera a modo de “*máximo*”. La STS 239/2000 de 14 de febrero de 2000 (TOL4922904, Ponente Moner Muñoz) declara expresamente que el órgano sentenciador “no pierde sus facultades de individualizar la pena en cuantía inferior a la solicitada (sentencia 4 de diciembre 1990, 17 de junio y 30 de septiembre de 1991, 17 de julio de 1992, 11, 23 y 24 de marzo de 1993), teniendo como límite en cuanto a la penalidad no poder imponer pena más grave que la pedida y conformada”. En la misma línea, la STS de 23 de diciembre de 1991 (TOL 2430006, Ponente Cotta Márquez de Prado) desestimaba un recurso formulado por el Ministerio Fiscal, que entendía que no podía la Sala sentenciadora rebajar la cuantía de la sanción que había sido pedida y aceptada de conformidad, e imponer una pena en grado y extensión menor que la solicitada, argumentando que: “lo que no puede hacer el Tribunal del juicio es imponer pena mayor que la solicitada aunque ello fuese lo procedente, pero sí rebajar la misma e incluso llegar a la absolución si por el juego conjunto de todos los preceptos sustantivos penales de aplicación al caso pudiera hacerse así sin quebrantar el principio de legalidad, que es básico en el orden punitivo”. La Sentencia admite que el error en la calificación en cuanto al grado de ejecución y la omisión de la consideración de una atenuante privilegiada, hubieran permitido, de continuarse el juicio, la rebaja de hasta cuatro grados de la pena, reputando así lícito que el tribunal atendiera a esas circunstancias al individualizarla imponiendo una sanción inferior a la que fue objeto de conformidad.

En todo caso, los tribunales no deben admitir conformidades que superen las *penas máximas* legalmente previstas (seis años de prisión). La interesante Sentencia del Tribunal Supremo 291/2016, de 7 de abril (TOL 5688458, Ponente Conde Pumpido) declara la nulidad de una sentencia de conformidad que imponía una pena de 14 años y 3 meses de prisión. Defendía el Ministerio Público la validez de la Sentencia y el acuerdo, que fue considerado por el Tribunal Supremo como un supuesto de *conformidad encubierta*, basándose en tres motivos: 1. La falta en la sentencia de todo razonamiento sobre la prueba de cargo, limitándose a afirmar que la presunción de inocencia se desvirtúa por la plena confesión del acusado, con *la aquiescencia del letrado defensor*, en terminología propia de la conformidad, siendo el interrogatorio la única prueba y limitándose a la confesión sin más, lo que pretende ser equivalente a la manifestación del artículo 655 LECr. 2. Que la sentencia se limita a reiterar la calificación jurídica del Ministerio Fiscal, afirmando que se han llevado a las conclusiones definitivas y han sido concordadas con la defensa, omitiendo todo pronunciamiento sobre cuestiones jurídicas relevantes planteadas en el inicial escrito de defensa se expresa que “la fundamentación tanto en el plano fáctico como jurídico es la propia de una conformidad” y 3. Que no existe grabación del supuesto juicio y sí solo un acta que se limita a indicar en mayúsculas “conformidad” y la anotación “visto para sentencia”.

También añade la STS 291/2016, de 7 de abril (TOL5688458, Ponente Conde Pumpido) que “Es razonable defender que la limitación punitiva establecida por la Ley para las sentencias de conformidad pueda ser elevada o suprimida en una reforma futura. Lo cierto es que tanto el Anteproyecto de nueva Ley de enjuiciamiento criminal de 2011, como el Borrador de 2013, suprimieron esta limitación. Pero ésta es una decisión que corresponde al Legislador, pudiendo ir acompañada y compensada por mayores garantías proporcionales a la mayor gravedad de las penas que pudieran ser impuestas por esta vía. Por ejemplo, en el Anteproyecto de 2011 se excluían las limitaciones de las sentencias de conformidad por razón de la pena, pero se establecía que en caso de pena superior a cinco años el Juez de Conformidad había de verificar también la concurrencia de indicios racionales de criminalidad junto al propio reconocimiento del hecho. En cualquier caso, el principio de legalidad procesal no puede ser soslayado, máxime en una materia que puede fácilmente generar indefensión. La conformidad no puede ser clandestina o fraudulenta, encubierta tras un supuesto juicio, puramente ficticio, vacío de contenido y que solo pretende eludir las limitaciones legales. Ha de ser transparente y legal, porque con independencia del criterio más o menos favorable que se sostenga respecto de los beneficios que puede aportar el principio de consenso aplicado al proceso penal, este objetivo no puede obtenerse a través de procedimientos imaginativos o voluntaristas, sino que exige en todo caso el estricto respeto de los cauces y limitaciones legales. Ello no tiene porqué excluir, con carácter general, la práctica de aligerar la celebración de la prueba cuando el reconocimiento de los hechos por parte del acusado haga aconseja-

ble evitar la sobrecarga del juicio con prueba redundante o innecesaria. Pero en todo caso debe recordarse que **la confesión del acusado ya no es, como en el proceso inquisitorial, la reina de las pruebas, por lo que no exime al Juezador de practicar las diligencias mínimas necesarias para adquirir el convencimiento de su realidad y de la existencia del delito** (art 406 LECr), y que no puede confundirse una declaración detallada y minuciosa sobre los hechos, propia de la prueba de interrogatorio del acusado practicada en el juicio oral, con la mera conformidad del acusado respecto de la acusación formulada que, tal y como está diseñada en nuestro proceso, se limita a supuestos de delitos de menor entidad, sin que pueda proyectarse su regulación y efectos a acusaciones graves en perjuicio del derecho de defensa. En el caso objeto del presente recurso, como ya se ha expresado, se ha dictado una sentencia de conformidad, en un supuesto en el que estaba legalmente excluida. El recurso debe ser estimado acordando la nulidad de la sentencia y del juicio, reponiendo las actuaciones al momento anterior al señalamiento, para que se celebre nuevo juicio por un Tribunal de composición personal diferente, garantizando así su imparcialidad, y declarando de oficio las costas del recurso.

7.5. Posibles recursos

Según dispone el art. 787.7 LECr “Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada”. Se trata de un principio trascendental en esta materia, en la medida en que por diversos motivos puede intentarse deshacer el acuerdo alcanzado. La conformidad supone renunciar al recurso, que solo será admisible si la sentencia se ha apartado del mencionado acuerdo de conformidad o el consentimiento no ha sido prestado libremente.

STS 239/2000, de 14 de febrero (TOL4922904, Ponente Moner Muñoz) “La doctrina de esta Sala considera, como regla general, que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra sentencias de conformidad (Sentencias de 8 de febrero de 1966, 23 de octubre de 1975, 8 de febrero y 4 de junio de 1984, 9 de mayo de 1.991, 19 de julio de 1996, etc.), por carecer manifiestamente de fundamento. Este criterio se apoya en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación, garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el Tribunal Casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición. Las razones de fondo que subyacen en esta consideración pueden concretarse en tres: a) el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente y con el asesoramiento jurídico necesario; b) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla “ pacta sunt servanda “; que se quebraría

de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado; c) las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad. Ahora bien, esta regla general de inadmisibilidad del recurso de casación frente a las sentencias dictadas de conformidad está condicionada a una doble exigencia: que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad y que se hayan respetado en la sentencia los términos del acuerdo entre las partes. Así, por ejemplo, desde la primera de dichas perspectivas resulta admisible un recurso interpuesto frente a una sentencia de conformidad, cuando se alegue que se ha dictado en un supuesto no admitido por la ley (pena superior a la “correcional”, equivalente hoy a las penas graves, art. 33.3 del Código Penal 1995 y disposición transitoria 11.1.d) del mismo texto legal), cuando se alegue que no se han respetado las exigencias procesales establecidas (por ejemplo la “doble garantía” o inexcusable anuencia tanto del acusado como de su letrado), cuando se alegue un vicio de consentimiento (error, por ejemplo) que haga ineficaz la conformidad (sentencia 23 de octubre de 1975), o, en fin, cuando, excepcionalmente, la pena impuesta no sea legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, sino otra inferior, vulnerándose el principio de legalidad (sentencia 17 de abril de 1993). Desde la segunda de dichas perspectivas, resulta admisible el recurso interpuesto contra sentencias que no respeten los términos de la conformidad de las partes, bien en el relato fáctico, bien en la calificación jurídica o bien en la penalidad impuesta, debiendo recordarse que la admisibilidad del recurso no determina la decisión que en su momento haya de adoptarse sobre su estimación, pues el Tribunal sentenciador, por ejemplo, no pierde sus facultades de individualizar la pena en cuantía inferior a la solicitada (sentencia 4 de diciembre 1990, 17 de junio y 30 de septiembre de 1991, 17 de julio de 1992, 11, 23 y 24 de marzo de 1993), teniendo como límite en cuanto a la penalidad no poder imponer pena más grave que la pedida y conformada”. Parecidos fundamentos se encuentran en otras Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras STS 291/2016, de 7 de abril (TOL5688548, Ponente Conde Pumpido), STS 422/2017, de 13 de junio (TO6175421, Ponente Berdugo Gómez de la Torre).

Entre las conformidades irregulares se integran las conformidades aparentes, sin la existencia del debido consentimiento.

El TS en Auto de 31 de mayo de 2017 (Ponente Antonio del Moral) dispuso: “sentencias de conformidad a tenor del art. 787.7 LECr solo pueden ser objeto de recurso en los casos de conformidad *irregular* (no concurrencia

de los presupuestos legales para una sentencia de conformidad) o cuando se trata de lo que se ha denominado conformidad *alterada* (no se han respetado los términos de la conformidad). En el primer grupo han de incluirse las conocidas como conformidades *aparentes*: no existió un consentimiento libremente prestado. En esos casos lo que ha de debatirse cuando son alegadas en vía de recurso son precisamente esas cuestiones: que la ley no admitía la conformidad; que el consentimiento estaba viciado por razones vinculadas a la voluntad o a la falta de conocimiento; o que la sentencia no se ajusta estrictamente a lo acordado. Esos temas constituyen el fondo del recurso”.

Debemos preguntarnos si estas reglas son aplicables al Tribunal del Jurado. Las dudas surgen a partir de la Sentencia del TSJ de Andalucía de 30 de abril de 2004 (Sentencia 15/2004, de 30 de abril, ponente Cano Barrero, TOL467300) que entiende recurribles, con carácter general, las sentencias de conformidad dictadas por el Magistrado- Presidente del Tribunal del Jurado.

Sentencia 15/2004, de 30 de abril, TSJ Andalucía: “para su alegación el Fiscal debió ampararse en lo establecido, bien en el nuevo artículo 787.6 y 7 bien en el 801.2, (...) podría tenerse como irrecurrible la sentencia, puesto que para ello se hubiera precisado, como se establece en aquellos artículos, no sólo que la sentencia se hubiera dictado oralmente, sin perjuicio de su ulterior redacción, sino que las partes, conociendo el fallo, hubieran expresado su decisión de no recurrir, declarándose por el sentenciador, también oralmente, la firmeza de la sentencia, que son requisitos que en modo alguno concurren en el caso de autos, en el que, tras la conformidad, el Magistrado Presidente no dictó oralmente la sentencia, sino que declaró el juicio concluso para sentencia, que inmediatamente dictó por escrito. No pudiendo, por tanto, aceptarse la pretensión del Fiscal, habrá de seguirse el régimen general fijado por el artículo 846 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que declara susceptibles del recurso de apelación las sentencias dictadas por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, sin hacer exclusión alguna respecto de las dictadas de conformidad, aparte de que, aunque no se ignora que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y en cuanto hace al recurso de casación, tiene establecido como norma general la irrecurribilidad de tales sentencias, en base al principio general de que nadie puede ir contra sus propios actos, en ella se expresan, no obstante, una serie de supuestos en los que sí cabe tal recurso, entre los cuales -sentencias, a vía de ejemplo de 17 de Abril de 1993 y 14 de Febrero de 2000- ha recogido el de que la pena impuesta no sea la legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, vulnerándose el principio de legalidad, que es, en definitiva, en lo que se basa la apelación en el presente caso”.

Esta interpretación del TSJA resulta totalmente discutible en la medida en que el apartado 7 del artículo 787 LECr declara con claridad que las sentencias de

conformidad solo serán recurribles cuando no se hayan respetado los términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo una conformidad libremente prestada³⁹.

7.6. Múltiples acusados

7.6.1. Personas físicas

Es probable que en el mismo procedimiento con múltiples acusados todos ellos se presten a la conformidad (conformidad total) o bien solo algunos de ellos (conformidad parcial). Los problemas se presentan cuando solo algunos aceptan el acuerdo mientras otros no lo hacen. En principio, prevalece la tendencia jurisprudencial a exigir que todos los imputados, personas físicas, deben aceptar la conformidad para impedir la apertura del juicio para todos ellos, es decir, que la conformidad parcial no produce efectos jurídicos llevando a juicio conjunto de imputados. En relación al procedimiento por sumario ordinario, dispone expresamente el art. 655 LECr que “También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad”.

STS 744/2017, de 27 de julio (TOL6436439, Ponente Palomo del Arco) “Es exigencia normativa para que la conformidad tenga eficacia que la aceptación de la descripción de hechos de la acusación, lo sea, por todas las partes (art. 787.2 LECr); es decir, conformidad total, (...) el coacusado nunca reconoció hecho alguno, lo que imposibilita la tramitación y conclusión del proceso por conformidad”. Esta sentencia remite a la anterior STS 971/1998, de 27 de julio (TOL5133689, Ponente Priego de Oliver) “... una sentencia de conformidad viene siempre condicionada por la unánime prestación de la conformidad por todos los acusados de un delito (...) Que un hecho se considere al mismo tiempo cierto por conformidad, e incierto por el resultado de las pruebas, es un contrasentido evitado con la exigencia de la unanimidad de los acusados al conformarse con la calificación, y la necesidad de celebrarse el juicio oral para todos cuando la conformidad sólo es dada por algunos. (...) De modo que una conformidad expresada por sólo parte de los acusados resultará irrelevante para determinar el sentido de la sentencia que en tal caso habrá de ser para todos los acusados -incluso para los que expresaron la conformidad- el resultado de un juicio contradictorio exactamente igual que si la conformidad no se hubiese mani-

³⁹ La exigencia del dictado oral y la previa declaración de firmeza es un añadido, una fuente de firmeza (la voluntad de las partes) independiente de la disposición legal analizada. Y ello por cuanto, en aquellos casos, si la sentencia es declarada firme por haberla consentido las partes, la imposibilidad de recurso (la firmeza) derivará de esa manifestación de la voluntad de no recurrirla, sin necesidad de acudir a la regla del número 7 del 787 que excluye el recurso contra la sentencia de conformidad a salvo que no hubiera respetado los términos convenidos.

festado por ninguno ; y así las conformidades expresadas sólo por algunos devienen intrascendentes si faltan las de los demás , diluyéndose aquéllas en el ámbito de la actividad probatoria total, a valorar en conciencia por el Tribunal de instancia (artículo 741 LECr)”.

Esta solución también se ha aplicado por la jurisprudencia a los juicios seguidos por la ley del tribunal del jurado. Así, ha decidido recientemente un auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (13/12/2017) en un conocido caso de corrupción –caso ITV-, que son inadmisibles las conformidades parciales, aceptadas por algunos imputados, por lo que “el juicio debe continuar para todos ellos”.

7.6.2. Personas físicas y jurídicas

En el caso de encontrarse imputada una persona jurídica, rige el art. 787.8 LECr que establece: “Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos”.

7.7. Consecuencias jurídicas

La consecuencia jurídica de la conformidad canalizada a través de una sentencia es la *cosa juzgada*, que puede ser una conformidad absoluta si comprende a su vez las responsabilidades civiles, o relativa en caso contrario. Dispone el art. 787.6 LECr que “Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta”.

REFERENCIAS

- BARONA VILAR, S. “La conformidad en el proceso penal”, Valencia, 1994.
- DEL MORAL GARCÍA, A. “La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)”, en Revista Auctoritas Prudentium nº 1-2008, Guatemala.
- FERRE OLIVE, J.C. “Punibilidad y proceso penal”, Revista General de Derecho Penal nº 10, 2008.
- FREUND G. Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal (trad. Ragués), en AAVV, El Sistema integral del Derecho Penal Madrid, 2004,

-
- GIMENO SENDRA, V. “Derecho procesal penal” 2ª ed. Madrid, 2015.
 - MOLINA LÓPEZ, R. “La McDonaldlización del proceso penal”, en Revista Facultad de Derecho y Cc. Políticas; Medellín, Vol. 38, nº 109.
 - PUENTE SEGURA, L. “La conformidad en el proceso penal español”. Madrid, 1994.
 - SÁNCHEZ MELGAREJO, ER. “El proceso por aceptación de decreto: ¿una verdadera vía para la conformidad penal?” (I y II). Abogacía española, 24 de febrero y 16 de marzo de 2016.
 - SCHÜNEMANN, B. “¿Crisis del procedimiento penal? (marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo)” en “Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio”, Madrid, 2002.

ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y CULTURALES DE LA CONDUCTA SEXUAL VIOLENTA, DE AGRESORES SEXUALES, EN CASOS DE VIOLACIÓN¹

Elementos estruturais e culturais de comportamento sexual violento, de agressores sexuais, em caso de estupro

Structural and cultural elements of violent sexual behavior, of sexual offenders, in cases of rape

Rocío Delfina García Moreno²
Gil David Hernández Castillo³
Rogelio Barba Álvarez⁴

SUMÁRIO

Introducción. 1. El agresor sexual. 2. Diseño de investigación. 3. Método. 3.1. Objetivos de investigación y variables de estudio. 3.1.1. Objetivo general. 3.1.2. Descripción de las variables de estudio. 4. Instrumento. 4.1. Descripción de la escala de medida. 4.2. Muestra. 5. Análisis de resultados. 5.1. Análisis de las variables de estudio. 5.1.1. Prácticas sexuales. 5.1.2. Educación sexual. 5.1.3. Sometimiento. 5.1.4. Estereotipos de género. 6. Conclusiones. Referencias.

RESUMEN

La relación encontrada entre los elementos culturales y estructurales de la conducta sexual violenta, al analizar la media y la desviación estándar en una muestra estudiada bajo el enfoque cuantitativo de corte descriptivo correlacional de 70 delincuentes sexuales mexicanos condenados por el delito de violación, representada en sus prácticas sexuales, educación sexual, estereotipos de género y sometimiento, nos da como resultado que los hombres delincuentes sexuales son personas que no perciben su violencia como sexual, aunado a ello, la coerción y el sometimiento no identificado los hace tendientes de cometer una conducta sexual violenta contra las mujeres, creyendo que la mujer que opone resistencia al acto sexual es porque en el fondo lo desea pero se hace del rogar.

Palabras clave: Agresión, sexualidad, conducta, violación, cultura.

RESUMO

A relação encontrada entre os elementos culturais e estruturais do comportamento sexual violento, ao analisar a média e o desvio padrão em uma amostra estudada sob a abordagem quantitativa descritiva correlacional de 70 criminosos sexuais

¹ La presente investigación forma parte del proyecto financiado por el CONACYT, 2018-2020, frente al reclamo de la perfilación criminal de los centros penitenciarios del Estado de Nuevo León, México obteniendo como resultado algunos programas de reinserción para delincuentes sexuales de este Estado.

² Máster en Educación sexual. Máster en psicoterapia Gestalt. Especialista en intervención en violencia familiar. Lic. Psicología del Centro de Estudios Universitarios. Afiliada a la Universidad Autónoma De Nuevo León Facultad de Derecho en Monterrey, N.L., México.

³ Doctor en Métodos Alternos de Solución de Conflictos Máster en Violencia Familiar. Lic. Psicología. Lic. en Criminología Universidad Autónoma de Nuevo León Afiliado a la Universidad Autónoma De Nuevo León Facultad de Derecho en Monterrey, N.L., México.

⁴ Doctor - Profesor – Investigador de la Universidad de Guadalajara Dirección Lopez Valverde 123 Col. San Andrés CP 44800 Guadalajara Jalisco.

mexicanos condenados pelo crime de estupro, representados em seus práticas sexuais, educação sexual, estereótipos de gênero e subjugação, resultam no fato de que os agressores sexuais são pessoas que não percebem sua violência como sexual, além dessa coerção e submissão não identificada, os torna passíveis de cometer comportamentos sexuais violentos contra as mulheres, acreditando que a mulher que resiste ao ato sexual, no fundo, o deseja.

Palavras-chave: Agressão, sexualidade, conduta, estupro, cultura.

ABSTRACT

The relation found between the cultural and structural elements of violent sexual behavior, when analyzing the mean and standard deviation in a sample studied under the correlational descriptive cut quantitative approach of 70 Mexican sex offenders convicted of the crime of rape, represented in their sexual practices, sexual education, gender stereotypes and subjugation, results in the fact that male sex offenders are people who do not perceive their violence as sexual, in addition to this coercion and unidentified submission makes them liable to commit violent sexual conduct against women, believing that the woman who opposes resistance to the sexual act is because deep down she wants it.

Keywords: Aggression, sexuality, conduct, rape, culture.

INTRODUCCIÓN

La conducta sexual violenta está insertada en la vida cotidiana, es por ello que en la mayoría de las ocasiones es justificada y normalizada; la violencia de corte sexual es una acción encaminada a violentar el cuerpo y la sexualidad de la víctima. Hablar de violencia sexual es hablar de situaciones sistematizadas que van confundiendo a las personas, entre lo permitido y no permitido; existe una línea delgada entre la violencia sexual y consentimiento sexual, la línea delgada es, cuando el no consentimiento es visto como provocador. El sujeto que violenta y comete acciones de violencia sexual sabe que está violentando, por eso se hace a escondidas, con violencia, aprovechando los espacios urbanos oscuros. La violencia sexual como lo menciona⁵ Sanmartín es la violencia más estigmatizada y más rechazada por todas las personas.

Los violadores en la cárcel son discriminados, apartados de los demás y señalados, la venganza de los demás reos es violentar la sexualidad de los delincuentes sexuales, se vengan de ellos por lo que les hicieron a las mujeres, niñas y niños afuera, es por eso que la violencia sexual es lo más lacerante⁶ Pereira. Atentar contra la libertad sexual es un crimen, por eso es que está estipulado en diversos códigos penales, la criminalidad sexual va en contra del derecho humano de la libertad aunado a interrumpir una vida libre de violencia; la criminalidad es una trasgresión a

⁵ SANMARTÍN, José, Conceptos y tipos de violencia. En SANMARTÍN José et al (coord) Reflexiones sobre violencia. México: Siglo XXI. 2011. P. 11-33

⁶ PEREIRA, Arturo, Estudio Multidisciplinar del perfil del violador en prisión. Revista de Estudios Penitenciario, *España* N.º 254, 9-124, 2008

una normatividad a algo estipulado, la trasgresión es un crimen, crimen ejercido en el cuerpo de una persona que sin su consentimiento es tocada, estimulada, hasta llegar a ser penetrada por la fuerza o sin oponer resistencia visible por el miedo del acto trasgresor y esto conlleva a una idea equivocada sobre el placer sexual que una persona siente en un momento de violencia sexual. No debe de pasar desapercibido que el agresor sexual comete un delito y, cuando es denunciado y procesado, su situación jurídica cambia a persona privada de su libertad, la cual debe de tener derechos y no ser violentado, como lo menciona ⁷Zaragoza, cuando hace referencia al cumplimiento de la Carta Magna en función de la salud y de la libertad de las personas privadas de su libertad, a participar en sus tratamientos y en decidir sobre sus actividades en prisión, junto con el acceso a la salud. Los agresores sexuales tienen derecho a una reinserción social, pero recordemos que el tema de la violencia sexual y el significado social que se le da, hace mella en el trato a estas personas privadas de su libertad.

El delincuente sexual y la agresión que ejerce tiene relación a los pensamientos, acciones y dirección de esta conducta. ⁸Ubieto menciona que “considerar que una agresión sexual pueda cometerse sin violencia ni intimidación, equipara la falta de resistencia física de la víctima al consentimiento de una relación sexual y/o presumir la falsedad de su testimonio”.

Lo anterior atenta contra la mujer y violenta nuevamente sus derechos de libertad sexual, ⁹ Declaración Universal de los Derechos Sexuales; el consentimiento de una mujer difiere cuando hay una violencia sexual, una cosa es tener un comportamiento erótico de ambos lados de las personas y otra muy diferente es sentir miedo; cuando hay una agresión de por medio, no hay placer, cuando hay sometimiento no consensuado no se puede hablar de placer. La ¹⁰Organización Mundial de la Salud, dice sobre la salud sexual que, las prácticas sexuales con el fin de placer sexual y libres de coerción sexual, es decir cualquier práctica sexual que no lleve al placer y al bienestar erótico- afectivo sexual están siendo coercitivas, en esta línea de ideas tienen relevancia las prácticas sexuales, la educación sexual, los estereotipos de género y el sometimiento como elementos culturales de la conducta sexual violenta.

Desmeritar el discurso de la persona es un acto criminal que envuelve a la víctima y al victimario en un escenario difuso; uno queda vulnerado y lastimado, y el otro

⁷ ZARAGOZA, José. El nuevo Sistema penitenciario Mexicano de la justicia restaurativa a la justicia retributiva: México, Tirant lo Blanch , 2012, p. 29-31

⁸ UBIETO, Alva La Violencia sexual como violencia de género: una perspectiva desde el derecho internacional de los derechos humanos ,Revista *Femeris*, México, vol 3 No 2 P 165-170.,2018

⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN MUNDIAL PARA LA SALUD SEXUAL (WAS). En la Declaración de los derechos sexuales y reproductivos del 13^a. Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España: Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China 1999

¹⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD En La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo. Ginebra:2018

con una sensación de no estar haciendo nada malo, y que aparte es permitido con alta impunidad ¹¹De León. Los delincuentes sexuales son vistos en muchas ocasiones como enfermos mentales, que están obsesionados con el sexo o con sentir placer, sin embargo, el placer y la violencia son dos cosas diferentes; la violencia per se es parte de la dominación y del poder sobre el otro, la agresión sexual se da porque se pasan los límites de lo permitido de una persona a otra, y el placer por el contrario es un estado de bienestar, que permite sentir y explorar. La mayoría de los delincuentes sexuales son producto de una sociedad violenta o del aprendizaje que se gesta en ella, como lo menciona ¹²Melo, Zafarri, & Callegari cuando citan la teoría del aprendizaje social de la agresión:

“el estímulo, el refuerzo y el control cognitivo que posibilitan la interacción recíproca, haciendo que las personas influyan en sus destinos y establezcan límites de esta dirección”.

Los delitos cometidos por los delincuentes sexuales no son en el total de los casos obra de personas psicópatas, más bien por personas disociales o hombres violentos sexuales; la violencia sexual o los actos que se cometen tienen que ver con componentes culturales aprendidos, el sujeto no es un organismo aislado de la sociedad, más bien, es producto de lo social y de las relaciones que se dan en el entorno, como lo mencionan estos autores, la teoría de agresividad está presente y en muchas ocasiones esta la intimidación detrás de ésta ¹³Sanmartin, ¹⁴Jewkes, Sen, & García, ¹⁵Cooke ¹⁶Hernández .

En la delincuencia sexual, la oportunidad del delito tal vez tenga relación con el instinto sexual, pero no todo deseo sexual recae en una agresión sexual, entonces la diferencia entre los delincuentes sexuales que consuman la agresión a los que no lo hacen, difiere en tomar la oportunidad y aprovechar los elementos que tiene la coerción: intimidación, amenaza y la creencia que sostiene que el contexto social está vinculado a los factores desencadenantes de dichas conductas inmersas en las dimensiones de riesgo; esto aporta una visión global de los factores de riesgo y protección que están en el ambiente ¹⁷Vozmediano & Gillen

¹¹ DE LEÓN, María. “Supuestamente hechizada” acerca de mujeres, violencia de género y sutilezas de la nota roja en México. Revista Femeris. México. Vol. 3 No.1 ,p 126-146.

¹² MELO, Elisaangela, ZAFFARI Bárbara, CALLEGARI, André. España: Edifoser s.l. Libros Jurídicos.2016.P 161

¹³ SANMARTIN, op. cit

¹⁴ JEWKES, Rachel., SEN, Purna., & GARCÍA, Claudia.. Violencia sexual. En KRUG Etienne etal (coord.) Informe mundial sobre la violencia y la salud: Washington, OPS, p 159-191

¹⁵ COOKE, DAVID. (2011). La psicopatía, el sadismo y el asesinato en serie. En RAINE Adrián et al (co-ord.) Violencia y psicopatía: España , Ariel, p 183-204

¹⁶ HERNANDEZ, Gil. Reconstrucción de las masculinidades, análisis y retrospectiva de la identidad masculina violenta: Monterrey. Flores, 2018, p. 17

¹⁷ VOZMEDIANO, Laura, GILLEN, Cesar. Criminología Ambiental. Ecología del delito y de la seguridad: Barcelona: Editorial UOC, 2010, p 9

1. EL AGRESOR SEXUAL.

El delincuente sexual es aquel hombre que agrede sexualmente donde el deseo de poder y control es la violencia sexual en sí misma, no teniendo relación con el deseo sexual de placer, si no con un deseo de poseer, que viene enraizado desde la forma de vivir su sexualidad; en México existen crímenes sexuales cometidos hacia mujeres en todos los niveles. La percepción de seguridad de la mujer es diferente a la del hombre ¹⁸INEGI indica que:

las mujeres se sienten más inseguras que los hombres en diversos lugares públicos o privados ¹⁹

Larrauri (2018), menciona que el miedo en las mujeres está presente porque los delitos cometidos hacia ellas son más dolorosos; la violencia sexual produce graves consecuencias en la libertad de las mujeres, en este sentido las mujeres no salen a ciertas horas de la noche o si lo hacen es con miedo. El miedo es algo que está en la cultura; los hombres, al cumplir con los estereotipos de género, lo experimentan y viven de forma diferente, sentir miedo o no enfrentarlo es tener menos hombría, tiene que ver con el género masculino en cualquier parte del mundo ²⁰García Cacho²¹

La conducta violenta es premeditada en lo referente a la sexualidad y al delito de violación, porque está implícito la intimidación y el miedo para éste hecho. Dicho de otra forma, la relación sexual se da con libertad, donde entra en juego la seducción por parte de dos sujetos, uno activo y uno pasivo, creando un encuentro en dos vías, sin intimidación ni miedo, pero cuando alguna de estas dos variables entra en la acción, hablamos de una coerción ²²Gonzales. En un acto de violación se busca la invisibilidad, pasar desapercibidos y jugar con la culpa de la víctima, muchas veces justificando su violencia sexual ²³Despentes ²⁴.

¹⁸ I INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. Encuesta nacional de victimización y percepción sobre seguridad pública (ENVIPE) 2018: México : INEGI, p 14

¹⁹ LARRAURI, Elena. Criminología Crítica y violencia de género: España. Trotta, 2018, p. 29

²⁰ CACHO, Lidia. Ellos hablan. Testimonio de hombres, la relación con sus padres, el machismo y la violencia. México. Grijalbo, 2018, p 33

²¹ GARCÍA, Rocio. Sexualidad y violencia masculina. En Hernández etal (coord.) Estudios de violencias: Flores, México, 2019, p. 80-81

²² GONZALES, Carlos. Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación y amenaza como medio coactivo: Uruguay, B de F, 2015, p. 16

²³ DESPENTES, Virginia. Teoría King Kong: Buenos Aires, El asunto, 2012, p. 34

²⁴ LAMAS, Marta. ACOSO ¿Denuncia legítima o victimización?: México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 58

Cuadro 1.*Elementos culturales de la conducta sexual violenta*

Elementos culturales de la conducta sexual violenta	- Prácticas sexuales
	- Educación sexual
	- Sometimiento
	- Estereotipos de género

Fuente: Elaboración propia

2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de estudio es cuantitativo, descriptivo correlacional, ya que se hará una correlación entre las causas: prácticas sexuales, educación sexual, sometimiento, estereotipos de género y el efecto que tienen estas cuatro variables en la conducta sexual violenta, como parte de los elementos culturales de la violencia sexual. La investigación es de corte transversal, la cual se refiere a una sola ocasión y en una temporalidad determinada se aplicara el estudio; la selección de los participantes fue por medio del muestro simple, estratificado, no experimental, ya que no se manipularon los datos; la unidad de análisis son hombres privados de su libertad ²⁵Hernández, Fernández & Baptista

3. MÉTODO

Para la presente investigación se realizó una revaloración de los ítems utilizados en el instrumento cualitativo, dando como resultado una adecuación para realizar la escala tipo Likert que se requería para continuar con el levantamiento de los datos.

3.1. Objetivos de investigación y variables de estudio**3.1.1. Objetivo general**

Analizar los elementos culturales que promueven y legitiman la conducta sexual violenta.

²⁵ HERNANDEZ, Roberto, FERNANDEZ, Carlos, BAPTISTA, Pilar. Metodología de la investigación: México. Mc Graw Hill Educación 6 ta edición. 2014, p. 93-94

Cuadro 2.

Contenidos objetivos específicos y variables de la conducta sexual violenta

Objetivo específico	Variables
Analizar qué prácticas sexuales no consensuadas incrementan la violencia sexual.	Prácticas sexuales
Analizar la repetición de mitos y prejuicios sobre la sexualidad, que legitiman la violencia sexual.	Educación sexual
Identificar y Analizar el sometimiento influyente en las conductas sexuales violentas, normalizando el delito sexual por medio del poder y control	Sometimiento
Analizar y clarificar qué estereotipos de género impactan en la percepción de los delincuentes sexuales justificando la violencia sexual	Estereotipos de género

Fuente: Elaboración propia

3.1.2. Descripción de las variables de estudio

Prácticas sexuales. Las prácticas sexuales son todas las acciones para satisfacer un deseo sexual, real o imaginario, esto conlleva, fantasías sexuales, placer sexual, relaciones sexuales, entre otras; estas prácticas sexuales pueden estar vinculadas a otras personas y/o a prácticas en solitario como pudiera ser el autoerotismo.

Para disfrutar del erotismo en las prácticas sexuales estas deberán de ser consensuadas como indica ²⁶Álvarez-Gayuo:

“las personas pueden hacer lo que deseen siempre y cuando no dañen a terceros, y que los que participen, lo hagan voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias de sus actos”.

Educación sexual. La educación sexual está vinculada a la salud sexual incluyendo tres factores: lo biológico, psicológico y social. ²⁷. Estos factores tienen que ver con la información recibida, vista o experimentada de la sexualidad, en la cual prolifera la desinformación sobre la educación sexual.

Sometimiento. La agresión sexual son los pensamientos, sentimientos y sensaciones que se reflejan mental, corporal y comportamentalmente, como resultado a los impulsos sexuales, el machismo, la violencia personal y social, vinculando de

²⁶ ÁLVAREZ-GAYUO, Juan Luis. Sexoterapia integral: México. Manual Moderno, p. 32, 1986

²⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD op.cit

forma inminente a la agresión sexual con la dominación como mandato cultural.
²⁸Bourdieu ²⁹Sanmartin ³⁰Segato.

Estereotipos de género. Los estereotipos son actitudes, creencias, modismos y pensamientos relacionados al deber de ser hombre y de ser mujer que son esperados por la sociedad en virtud de lo personal, social y sexual que se espera de cada género. ³¹Lamas³² Lagarde y de los Rios

Conducta sexual violenta. La violencia sexual reflejada en la conducta de agresión sexual, mental y comportamentalmente, teniendo que ver con el hostigamiento, tocar el cuerpo de otra persona sin su consentimiento, la dominación, el machismo, el control y el poder para un beneficio personal. ³³Radford & Russel ³⁴Velazquez

4. INSTRUMENTO

El instrumento que se elaboró estuvo compuesto de tres secciones; la primera fue sobre los datos de control, la segunda fue conformada por los ítem acomodados por variables de la investigación, las cuales son prácticas sexuales, educación sexual, sometimiento y estereotipo de género, dichas variables fueron construidas teóricamente por autores y autoras que tocan estos temas con la visión de violencia sexual, género y sexualidad, los cuales contribuyen a darle sentido y dirección al tema de investigación. La tercera parte estuvo integrada por comentarios respecto al instrumento que hicieron los entrevistados.

²⁸ BOURDIEU, Pierre. La dominación masculina: Barcelona, Anagrama decimotercera edición, p. 24-262019

²⁹ SANMARTIN op. cit

³⁰ SEGATO, Rita. Elementales Estructurales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, psicoanálisis y derechos humanos. Buenos Aires. María Inés Silberberg. p. 21-23, 2003

³¹ LAMAS, Marta. Cuerpo: diferencia sexual y género. México: Taurus Pensamiento, 2002, p 89

³² LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela. Los cautiverios de las mujeres: Madresposas, monjas, putas, presas y locas. México: Universidad Autónoma de México, 2005, p 298

³³ RUSSELL, Diana, RADFORD Hill. Femicidio. La política del asesinato de las mujeres: México. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p 33

³⁴ VELÁZQUEZ, Ángel. Las agresiones sexuales: España, Editoriales. Bosch, 2001, p. 9

Cuadro 3.
Contenidos e indicadores del instrumento

Contenido	Indicadores	variable
Bloque introductorio: Socio demográfico	- Sexo	V.S.D
	- Edad	
	- Nivel educativo	
	- Nivel socioeconómico	
	- Religión	
	- Estado civil	
	- Lugar que ocupa en la familia	
Bloque 1. Información sexual	- Inicio de su vida sexual	V.S.D
	- A qué edad recibió información de sexualidad	
	- Quién fue la primera persona que le hablo de sexualidad	
Bloque 2. Valoración de la conducta sexual violenta en hombres recluidos por el delito de violación	- Prácticas sexuales	XI
	- Educación sexual	X2
	- Sometimiento	X3
	- Estereotipos de género	X4
	- Conducta sexual violenta	Y

Fuente: Elaboración propia a partir de la revisión teórica

4.1. Descripción de la escala de medida

La escala de medición fue tipo Likert de la siguiente manera 1. Totalmente en desacuerdo; 2 Desacuerdo; 3 Ni en acuerdo ni en desacuerdo 4 De acuerdo; 5 Totalmente de acuerdo, estandarizado conforme a las variables de investigación, el instrumento conto con 47 preguntas sobre las 4 variables dependientes, la variable independiente y con 9 preguntas control.

Cuadro 4.*Sistematización de la escala de medición*

Ítem	Variable/ Objetivos	Indicador/Operacionalización del concepto de la escala	Subcategoría	Escala de medida (Tipo Likert)
1		- El hombre que es penetrado analmente es gay	Penetración	1-5
2		- El hombre entre más grande el pene más satisfacción sexual siente	Penetración	1-5
3		- La mujer puede fingir que no quiere la penetración, pero en realidad la desea	Penetración	1-5
4		- La participación de ambos en los juegos eróticos previos es necesaria para el placer sexual	Placer sexual	1-5
5	X1.	- La sexualidad es para el placer	Placer sexual	1-5
6	Prácticas sexuales/ Objetivo específico	- Es exagerado que un hombre llore por tener un orgasmo en el encuentro sexual	Placer sexual	1-5
7	Analizar qué	- El rechazo de la pareja para tener relaciones sexuales resulta excitante	Placer sexual	1-5
8	prácticas sexuales no consensuadas incrementan la violencia sexual	- Cuando la pareja se enoja la mujer lo debe de contentar con sexo	Deseo	1-5
9		- Sexualmente hablando el hombre tiene que satisfacer a la mujer	Deseo	1-5
10		- Fantasear con desear sexualmente a una persona y no tenerla es excitante	Deseo	1-5
11		- Aunque la mujer no quiera practicar sexo oral es necesario para la satisfacción sexual del hombre	Deseo	1-5
12		- Todas las personas desean tener relaciones sexuales, sólo es cuestión de encontrarles el modo	Deseo	1-5

Ítem	Variable/ Objetivos	Indicador/Operacionalización del concepto de la escala	Subcategoría	Escala de medida (Tipo Likert)
13		- La mujer está para satisfacer los deseos del hombre	Mito	1-5
14		- La pornografía enseña cómo se debe de tener sexo	Mito	1-5
15	X2.	- Los hombres tienen que eyacular para descansar	Mito	1-5
16	Educación sexual	- Una mujer sola en la calle manda un mensaje de que busca algo más	Prejuicio	1-5
17	Objetivo específico	- Si un hombre llora es visto como falta de carácter	Prejuicio	1-5
18	Analizar la repetición de mitos y prejuicios sobre la sexualidad que legitiman la violencia sexual	- El hombre siempre piensa en relaciones sexuales	Prejuicio	1-5
19		- Es malo que el hombre se quede con ganas de eyacular	Prejuicio	1-5
20		- En las relaciones sexuales la posición del hombre siempre tiene que ser arriba.	Prejuicio	1-5
21		- Cuando el hombre se cansa tiene que sacar fuerzas de donde sea porque eso hace un hombre	Prejuicio	1-5
22		- Cuando la mujer pone resistencia al acto sexual es que lo desea, pero se hace del rogar	Poder y control	1-5
23	X3	- Puedes golpear a tu pareja para excitarte, aunque ella no esté de acuerdo	Poder y control	1-5
24	Sometimiento	- Se tiene que buscar por todos los medios hacer realidad una fantasía sexual, aunque la otra persona no quiera	Poder y control	1-5
25	Objetivo específico	- El hombre debe de ser agresivo en la cama	Poder y control	1-5
26	Analizar como el sometimiento influye en las conductas sexuales violentas	- Cuando un miembro de la pareja dice que no quiere tener relaciones sexuales el otro debe de continuar	Poder y control	1-5
27	normalizando el delito sexual por medio del poder y control	- Fantasear que se puede hacer cualquier acto sexual con la participación activa o no de una mujer es excitante	Poder y control	1-5

Ítem	Variable/ Objetivos	Indicador/Operacionalización del concepto de la escala	Subcategoría	Escala de medida (Tipo Likert)
28		- La mujer debe de aguar al hombre y entenderlo para que la relación funcione	Marianismo	1-5
29		- A las mujeres hay que enseñarles cómo se tiene una relación sexual	Marianismo	1-5
30		- La mujer debe cuidar a sus hijos, y atender el hogar, aunque trabaje	Marianismo	1-5
31	X4 Estereotipo de género	- La mujer que sabe lo que quiere sin preguntarle a un hombre se considera extraña.	Marianismo	1-5
32	Objetivo específico	- Es más hombre quién quiere tener más sexo	Machismo	1-5
33	Analizar que estereotipos de género impactan en la	- Un hombre siempre tiene deseo sexual y ganas de tener relaciones sexuales, aunque esté cansado	Machismo	1-5
34	percepción de los delincuentes sexuales justificando la violencia sexual	- Cuando el hombre llega a su casa del trabajo la familia lo debe de respetar y no molestar para que descanse	Machismo	1-5
35		- La seguridad, el carácter y la fuerza es lo que caracteriza a los hombres	Machismo	1-5
36		- Cuando un hombre esta celoso puede reclamarle a su pareja	Machismo	1-5
37		- El hombre que no quiere tener sexo se considera raro	Machismo	1-5
38		- Si empieza un acto sexual lo tiene que terminar hasta la eyaculación	Machismo	1-5

Ítem	Variable/ Objetivos	Indicador/Operacionalización del concepto de la escala	Subcategoría	Escala de medida (Tipo Likert)
39		- Tener erecciones sin pensar en sexo es ser más hombre	Dominación	1-5
40		- Se puede decir que una cachetada, mordida o sexo rudo es una práctica sexual que se hace sin preguntarle a la pareja	Dominación	1-5
41		- Los hombres entre más mujeres tienen reciben mayor reconocimiento de sus amigos	Dominación	1-5
42	Y. Conducta sexual violenta	- Para la persona que frota los órganos sexuales con el cuerpo de una mujer sin su consentimiento es excitante	Hostigamiento	1-5
43	Objetivo general Analizar los elementos culturales que promueven la sexualidad	- Tocar el cuerpo de una persona sin previo aviso puede provocar deseo sexual a la persona que se le toco	Hostigamiento	1-5
44	masculina y legitima la conducta de conducta sexual violenta	- El insistirle a una persona a tener prácticas sexuales puede ser excitante, aunque en repetidas ocasiones diga que no	Hostigamiento	1-5
45		- Durante las relaciones sexuales puedes golpear a tu pareja para excitarte, aunque ella no esté de acuerdo	Agresión sexual	1-5
46		- El tener una erección es para satisfacer una necesidad sexual, aunque la otra persona no lo desee	Agresión sexual	1-5
47		- Puedes golpear a tu pareja para excitarte, aunque ella no quiera	Agresión sexual	1-5

Fuente: Elaboración propia a partir de la revisión teórica.

4.2. Muestra

La población de estudio son hombres privados de su libertad por el delito de violación, reclusos en los centros de reinserción social ubicados en el estado de Nuevo León, México.

Cuadro 5.*Participantes de la investigación*

-
- I. Hombres privados de su libertad por el delito de violación
 - II. Hombres privados de su libertad que hayan violado a una mujer adulta
 - III. Agotadas sus instancias jurídicas
 - VI. De 18 a 60 años
-

Fuente: Elaboración propia

El muestreo fue simple estratificado no experimental, teniendo en cuenta que de la muestra total de 451, se obtuvieron 70 respuestas, por lo cual la N del estudio N=70, con esto se representa un total de 15% del universo poblacional. Los datos fueron analizados por medio del SPSS, el cuál es un software de análisis cualitativo, en él se introdujeron los datos obtenidos de los cuestionarios aplicados conforme a lo establecido en las variables de estudio teóricas, con base en la estadística diferencial, dejando un análisis sobre la media y la desviación estándar, asumiendo la normalidad como la realidad, basándonos en la Nv70 para la operacionalización de los datos arrojados para este estudio.

5. ANÁLISIS DE RESULTADOS

Lo que sigue a continuación es el análisis de los resultados sobre la conducta sexual violenta que presentan los participantes en referencia a las variables del estudio realizado, dando respuesta a los objetivos de la investigación planteados.

Tabla 1*Media, variables independientes y dependiente*

VARIABLES	Media
X1. Prácticas sexuales	3.04308
X2. Educación sexual	2.35932
X3. Sometimiento	1.89124
X4. Estereotipo de género	3.10687
Y. Conducta sexual violenta	1.97186

Fuente: Elaboración propia a partir del SPSS, versión 25

La tabla 1 muestra la tendencia que los encuestados están en desacuerdo con la conducta sexual violenta y con el sometimiento, no obstante, las prácticas sexuales, educación sexual y estereotipos de género, podrían estar en el límite de una conducta sexual violenta, invariablemente las tres variables mencionadas son elementos culturales, oscilando en ni de acuerdo ni en desacuerdo, es decir los entrevistados dudan en que si son descripciones violentas o no.

Tabla 2

Desviación estándar, variables independientes y dependiente

Variables	Desv. Est.
X1. Prácticas sexuales	.76840
X2. Educación sexual	.72579
X3. Sometimiento	.76602
X4. Estereotipo de género	.81906
Y. Conducta sexual violenta	.79506

En lo que respecta a la desviación estándar, la cual nos habla de la dispersión en los datos, indica que no existe un consenso entre los encuestados respecto a las conductas sexuales violentas; de las variables propuestas, existe un mayor consenso en las respuestas que tienen que ver con la educación sexual, pues de las cuatro variables, es ésta la de menor dispersión, seguida de la de sometimiento. Esto indica una tendencia en los agresores sexuales sobre la uniformidad en la que contestan, sin embargo, la variable con mayor dispersión fue la de estereotipos de género, lo cual llama nuestra atención, ya que se entiende por estereotipo algo esperado socialmente y pareciera que en los encuestados esto no es tan estructurado, menciona Lamas³⁵ Citando a Scott expresando que:

“el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos” y el “género es una forma primaria de relaciones significantes del poder”.

³⁵ LAMAS, Marta. El género la construcción cultural de la diferencia sexual; México. Miguel Angel Porrúa. 2013, p 34

5.1. Análisis de las variables de estudio

5.1.1. Prácticas sexuales

Tabla 3

Media y desviación estándar en función X1. Prácticas sexuales/penetración

Item	N	Máximo	Mínimo	Media	Desv. Estándar
1. El hombre que es penetrado analmente es gay	70	1	5	2.95	1.247
2. El hombre entre más grande el pene más satisfacción sexual siente	70	1	5	2.24	1.197
3. La mujer puede fingir que no quiere la penetración, pero en realidad la desea	70	1	5	3.11	1.380

Fuente: Elaboración propia a partir del SPSS, versión 25

En la tabla 3 referente a las prácticas sexuales/penetración la media general ronda los 2.7, esto muestra que los participantes no están de acuerdo con algunos mitos sobre los estereotipos sexuales en el ítem 1 y 2 dirigidos hacia los hombres, no obstante, en el último ítem la media de los participantes es 3, es decir que no están de acuerdo ni en desacuerdo con la afirmación, por tal motivo están en el límite de realizar una práctica de penetración forzada, al no saber si afirmar o negar la aseveración.

Tabla 4

Media y desviación estándar en función de X1. Prácticas sexuales/placer sexual

Item	N	Máximo	Mínimo	Media	Desv. Estándar
4. La participación de ambos en los juegos eróticos previos es necesaria para el placer sexual	70	1	+ 5	3.71	1.486
5. La sexualidad es para el placer	70	1	5	3.31	1.274
6. Es exagerado que un hombre llore por tener un orgasmo en el encuentro sexual	70	1	5	2.76	1.250
7. El rechazo de la pareja para tener relaciones sexuales resulta excitante	70	1	5	2.26	1.378

Fuente: Elaboración propia a partir del SPSS, versión 25

La tabla 4 relacionada a las prácticas sexuales/placer sexual nos indica en los dos primeros ítem 4 y 5 que los participantes no distinguen si las prácticas sexuales son para el placer sexual, lo cual podría desencadenar prácticas sexuales no consentadas. Ahora bien, los ítems 6 y 7 a su vez muestran un rango de 2 en la media, esto nos dice que están en desacuerdo, sin embargo, piensan que la mujer puede fingir que no quiere la penetración pero en realidad la desea.

Tabla 5

Media y desviación estándar en función de X1. Prácticas sexuales/deseo

Item	N	Máximo	Mínimo	Media	Desv. Estándar
8. Cuando la pareja se enoja la mujer lo debe de contentar con sexo	70	1	5	2.15	1.199
9. Sexualmente hablando el hombre tiene que satisfacer a la mujer	70	1	5	3.52	1.446
10. Fantasear con desear sexualmente a una persona y no tenerla es excitante	70	1	5	2.61	1.285
11. Aunque la mujer no quiera practicar sexo oral es necesario para la satisfacción sexual del hombre	70	1	5	2.00	1.215
12. Todas las personas desean tener relaciones sexuales, sólo es cuestión de encontrarles el modo	70	1	5	2.69	1.326
N válido (según lista)	70				

Fuente: Elaboración propia a partir del SPSS, versión 25

En la tabla 5 referente a las prácticas sexuales/deseo tenemos el ítem 9 en el cual la media es de 3.52 retornándonos al punto de que los participantes no están de acuerdo ni en desacuerdo con esto, pero de todas formas muestran un desacuerdo con una media de 2.69 en que todas las personas desean tener relaciones sexuales solo es cuestión de encontrarles el modo, lo cual los deja cerca de 3; este resultado nos podría también dar una señal de conducta sexual violenta.

5.1.2. Educación sexual

Tabla 6

Media y desviación estándar en función de X². Educación sexual/mito

Item	N	Máximo	Mínimo	Media	Desv. Estándar
13. La mujer está para satisfacer los deseos del hombre	70	1	5	2.23	1.207
14. La pornografía enseña cómo se debe de tener sexo	70	1	5	2.02	1.166
15. Los hombres tienen que eyacular para descansar	70	1	5	2.97	1.437

Fuente: Elaboración propia a partir del SPSS, versión 25

Observamos en la tabla 6 de educación sexual/mito el ítem 15 con la media de 2.97; la tendencia de los participantes es en desacuerdo, pero el que esté cercano al 3 nos hace pensar que no están muy seguros de ello, por lo cual, al no estar seguros sobre este mito, los podría llevar a forzar un acto sexual o una acción para poder eyacular y así cumplir el mandato social de la eyacuación por medio de cualquier forma de estimulación.

Tabla.7

Media y desviación estándar en función de X². Educación sexual/prejuicio

Item	N	Máximo	Mínimo	Media	Desv. Estándar
16. Una mujer sola en la calle manda un mensaje de que busca algo más	70	1	5	1.97	1.071
17. Si un hombre llora es visto como falta de carácter	70	1	5	2.39	1.323
18. El hombre siempre piensa en relaciones sexuales	70	1	5	2.42	1.049
19. Es malo que el hombre se quede con ganas de eyacular	70	1	5	2.95	1.286
20. En las relaciones sexuales la posición del hombre siempre tiene que ser arriba.	70	1	5	2.23	1.234
21. Cuando el hombre se cansa tiene que sacar fuerzas de donde sea porque eso hace un hombre	70	1	5	2.13	1.109
N válido (según lista)	70				

Fuente: Elaboración propia a partir del SPSS, versión 25

Otro dato observado en la tabla 7 de Educación sexual/prejuicio en los ítems 16 y 19 los participantes tienen una media de 1.97, la cual es próxima a la escala 2, los participantes están en desacuerdo con esta afirmación, pero de todos modos en el ítem 19 tiene una media 2.95, la tendencia de los participantes es muy cercana al no saber si es malo que un hombre se quede con ganas de eyacular, esto se llamaría un prejuicio ya que no se sabe, pero se actúa conforme a lo que se dice.

5.1.3. Sometimiento

Tabla 8

Media y desviación estándar en función X3. Sometimiento/poder y control

Item	N	Máximo	Mínimo	Media	Desv. Estándar
22. Cuando la mujer pone resistencia al acto sexual es que lo desea, pero se hace del rogar	70	1	5	2.19	1.185
23. Puedes golpear a tu pareja para excitarte, aunque ella no esté de acuerdo	70	1	5	1.66	1.070
24. Se tiene que buscar por todos los medios hacer realidad una fantasía sexual, aunque la otra persona no quiera	70	1	5	1.66	.922
25. El hombre debe de ser agresivo en la cama	70	1	5	1.89	1.042
26. Cuando un miembro de la pareja dice que no quiere tener relaciones sexuales el otro debe de continuar	70	1	5	1.77	.982
27. Fantasear que se puede hacer cualquier acto sexual con la participación activa o no de una mujer es excitante	70	1	5	2.32	1.170
N válido (según lista)	70				

Fuente: Elaboración propia a partir del SPSS, versión 25

En relación a la tabla 8 sometimiento/poder y control ellos contestaron estar en desacuerdo con los ítems 22 y 27 con 2.19 y 2.32 respectivamente. Los participantes se muestran en desacuerdo con las acciones que se vinculan con insistir, aunado a que están totalmente en desacuerdo con golpear a su pareja para excitarse, aunque

ella no quiera, tener que buscar por todos los medios hacer una fantasía sexual, aunque la otra persona no quiera o a continuar con el acto sexual, aunque el otro no quiera en la media de 1.66, 1.66 y 1.77. Así mismo tenemos con un 1.89 a participantes que están en desacuerdo en que los hombres sean violentos en la cama, aun así, recordemos que el perfil de nuestros participantes es de agresores sexuales, tal vez la media general es estar en desacuerdo y posiblemente lo piensen y este en su discurso, no así en sus actos ya que están privados de su libertad por el delito de violación.

5.1.4. Estereotipos de género

Tabla 9

Media y desviación estándar en función X4. Estereotipos de género/marianismo

Item	N	Máximo	Mínimo	Media	Desv. Estándar
28. La mujer debe de aguantar al hombre y entenderlo para que la relación funcione	70	1	5	2.40	1.384
29. A las mujeres hay que enseñarles cómo se tiene una relación sexual	70	1	5	2.58	1.181
30. La mujer debe cuidar a sus hijos, y atender el hogar, aunque trabaje	70	1	5	2.81	1.304
31. La mujer que sabe lo que quiere sin preguntarle a un hombre se considera extraña.	70	1	5	2.60	1.123
N válido (según lista)	70				

Fuente: Elaboración propia a partir SPSS, versión 25

En la tabla 9 sobre Estereotipo de género/marianismo el ítem 30 la media fue de 2.81 cargada hacia el 3, lo cual podría significar que los participantes están cerca de no saber si esto tendría que ser de esta manera. Los hombres tuvieron menos conceso en el ítem 28 y 31 con un 1.384 y menos dispersa con 1.123; en lo referente a la desviación estándar, es constante la relación entre los estereotipos de género y la subordinación, lo cual podría ocasionar una conducta violenta en estas formas.

Tabla 10

Media y desviación estándar en función de X4. Estereotipos de género /machismo

Item	N	Máximo	Mínimo	Media	Desv. Estándar
32. Es más hombre quién quiere tener más sexo	70	1	5	2.00	.992
33. Un hombre siempre tiene deseo sexual y ganas de tener relaciones sexuales, aunque esté cansado	70	1	5	2.26	1.144
34. Cuando el hombre llega a su casa del trabajo la familia lo debe de respetar y no molestar para que descansa	70	1	5	2.66	1.267
35. La seguridad, el carácter y la fuerza es lo que caracteriza a los hombres	70	1	5	3.16	1.345
36. Cuando un hombre esta celoso puede reclamarle a su pareja	70	1	5	3.06	1.158
37. El hombre que no quiere tener sexo se considera raro	70	1	5	2.44	1.276
38. Si empieza un acto sexual lo tiene que terminar hasta la eyaculación	70	1	5	3.23	1.286
N válido (según lista)	70				

Fuente: Elaboración propia a partir del SPSS, versión 25

En la tabla 10 sobre estereotipo de género/machismo en los ítems 35, 36 y 38 podemos observar la media de 3.16, 3.06 y 3.23 respectivamente, con una desviación estándar de 1.345 y 1.158 cada una, reafirmando la tendencia 3 que describe ni en acuerdo ni en desacuerdo, llevando a los participantes al riesgo de cometer una conducta sexual violenta; la desviación estándar está cercana a la media, lo cual nos indica que es correcta la medición, sin embargo, la que muestra con .992 la desviación estándar, indica que en efecto, los participantes no están de acuerdo con este estereotipo en el rol sexual, ítem 32.

Tabla 11*Media y desviación estándar en función de Y. Conducta sexual violenta/dominación*

Item	N	Máximo	Mínimo	Media	Desv. Estándar
39. Tener erecciones sin pensar en sexo es ser más hombre	70	1	5	1.90	1.036
40. Se puede decir que una cachetada, mordida o sexo rudo es una práctica sexual que se hace sin preguntarle a la pareja	70	1	5	1.85	1.022
41. Los hombres entre más mujeres tienen reciben mayor reconocimiento de sus amigos	70	1	5	2.11	1.118
N válido (según lista)	70				

Fuente: Elaboración propia a partir SPSS, versión 25

En la conducta sexual violenta/dominación tabla 11 en el ítem 40 la media es de 1.85, es decir, están en totalmente en desacuerdo en una práctica sexual sin consentimiento, lo mismo pasa con el ítem 39, que desmiente la creencia de este estereotipo de género que justifica la violencia sexual. En el ítem 41 la media 2.11 nos refiere que están en desacuerdo con este micro machismo entre hombres.

Tabla 12*Media y desviación estándar en función de Y. Conducta sexual violenta/hostigamiento*

Item	N	Máximo	Mínimo	Media	Desv. Estándar
42. Para la persona que frota los órganos sexuales con el cuerpo de una mujer sin su consentimiento es excitante	70	1	5	1.90	1.036
43. Tocar el cuerpo de una persona sin previo aviso puede provocar deseo sexual a la persona que se le toca	70	1	5	1.85	1.022
44. El insistirle a una persona a tener prácticas sexuales puede ser excitante, aunque en repetidas ocasiones diga que no	70	1	5	2.11	1.118
N válido (según lista)	70				

Fuente: Elaboración propia a partir SPSS, versión 25

La tendencia en la tabla 12 sobre conducta sexual violenta/hostigamiento la media del ítem 43 es 1.95, inclinándose al 2, la cual nos marca en desacuerdo al momento de tocar el cuerpo de una persona sin su consentimiento, cuando bien, se esperaría que se notara la menor dispersión 1.060, ya que nadie puede tocar el cuerpo sin el consentimiento de la persona.

Tabla 13

Media y desviación estándar en función de Y. Conducta sexual violenta /agresión sexual

Item	N	Máximo	Mínimo	Media	Desv. Estándar
45. Durante las relaciones sexuales puedes golpear a tu pareja para excitarte, aunque ella no esté de acuerdo	70	1	5	1.90	1.036
46. El tener una erección es para satisfacer una necesidad sexual, aunque la otra persona no lo desee	70	1	5	1.85	1.022
47. Puedes golpear a tu pareja para excitarte, aunque ella no quiera	70	1	5	2.11	1.118
N válido (según lista)	70				

Fuente: Elaboración propia a partir SPSS, versión 25

En la tabla 13 sobre conducta sexual violenta/agresión sexual hay menos dispersión, por lo cual existe mayor consenso en lo que la desviación estándar respecta; en el ítem 46 con el .767; la mayor dispersión se muestra en el ítem 47 que por ende está cerca a la media 2 y la sitúa en desacuerdo, cuando se esperaría que, por sus anteriores respuestas a las preguntas sobre coerción, la tendencia fuera con la media 1; el mismo se aplica al ítem 45.

6. CONCLUSIONES

A raíz del análisis de las variables independientes: prácticas sexuales, educación sexual, sometimiento y estereotipos de género con la variable dependiente: conducta sexual violenta por el delito de violación, podemos disponer lo siguiente:

- 1 - Que las conductas sexuales violentas se basan en prácticas sexuales: sin consentimiento, bajo creencias de control, sometimiento, en base a estereotipos de género que justifican el reclamarle a su pareja cuando sienten celos, o pensar que la mujer finge no querer la penetración, pero en

realidad quiere ser penetrada. La violencia sexual está en las conductas y pensamientos, no obstante, a pesar de ello, los participantes mencionaron estar en desacuerdo con la conducta sexual violenta, en el sometimiento y en los estereotipos de género, como nos muestra la tabla 9 de las variables respecto a la media y a la desviación estándar.

2 - Las características descriptivas criminológicas de los agresores sexuales son: Edad de 30 a 40 años; escolaridad secundaria; estado civil casado y religión católica. Otra de las características es que son los primogénitos. Inician su vida sexual de los 16 a los 21 años. Recibieron información de la sexualidad entre los 10 a los 15 años (solo biológica), bajo estas circunstancias son los profesores/as los que les habla de sexualidad. ¿Qué hace diferente a estos delincuentes sexuales que el resto de los hombres? Podría ser la oportunidad y las dimensiones criminológicas culturales, ambientales, educacionales, normalizadoras de la conducta sexual violenta y la decisión deliberada de agredir o no.

3 - Cabe aclarar que con esto no se disculpa al delincuente, los resultados nos invitan a pensar en las creencias sobre las conductas preestablecidas y en la violencia misma que existen en el discurso sobre la violencia masculina y el significado de su sexualidad; podemos notar que mientras no se hable de la palabra violencia o agresión, los participantes contestan de forma más natural, pero al momento de leer la palabra agresión, fuerza, control o sometimiento, entonces las cosas marchan diferente. Insistimos en que una reeducación sobre los estereotipos de género mediante los tipos de prevención primaria y secundaria, accediendo por medio de la prevención situacional, psicosocial, del desarrollo y comunitaria, se podrían atender los patrones relacionales y sociales de la conducta sexual violenta.

REFERENCIAS

- ÁLVAREZ-GAYUO, Juan Luis. *Sexoterapia integral*: México. Manual Moderno, p. 32, 1986.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN MUNDIAL PARA LA SALUD SEXUAL (WAS). En la Declaración de los derechos sexuales y reproductivos del 13^a. Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España: Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China, 1999.
- BOURDIEU, Pierre. *La dominación masculina*: Barcelona, Anagrama decimotercera edición, p. 24-262019.
- CACHO, Lidia. *Ellos hablan. Testimonio de hombres, la relación con sus padres, el machismo y la violencia*. México. Grijalbo, 2018, p. 33.
- COOKE, DAVID. (2011). *La psicopatía, el sadismo y el asesinato en serie*. En RAINE Adrián et al (coord.) *Violencia y psicopatía*: España, Ariel, p. 183-204.

DE LEÓN, María. “Supuestamente hechizada” acerca de mujeres, violencia de género y sutilezas de la nota roja en México. *Revista Femeris*. México. Vol. 3, Nº.1, p. 126-146.

DESPENTES, Virginia. *Teoría King Kong*: Buenos Aires, El asunto, 2012, p. 34.

GARCÍA, Rocío. Sexualidad y violencia masculina. En Hernández et al (coord.) *Estudios de violencias*: Flores, México, 2019, p. 80-81.

GONZALES, Carlos. Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación y amenaza como medio coactivo: Uruguay, B de F, 2015, p. 16.

HERNANDEZ, Gil. Reconstrucción de las masculinidades, análisis y retrospectiva de la identidad masculina violenta: Monterrey. Flores, 2018, p. 17.

HERNANDEZ, Roberto, FERNANDEZ, Carlos, BAPTISTA, Pilar. Metodología de la investigación: México. Mc Graw Hill Educación, 6ª edición. 2014, p. 93-94.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. Encuesta nacional de victimización y percepción sobre seguridad pública (ENVIPE) 2018: México: INEGI, p 14.

JEWKES, Rachel., SEN, Purna., & GARCÍA, Claudia. Violencia sexual. En KRUG Etienne et al (coord.) *Informe mundial sobre la violencia y la salud*: Washington, OPS, p. 159-191.

LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela. Los cautiverios de las mujeres: Madresposas, monjas, putas, presas y locas. México: Universidad Autónoma de México, 2005, p. 298.

LAMAS, Marta. ACOSO. Denuncia legítima o victimización?: México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 58.

LAMAS, Marta. *Cuerpo: diferencia sexual y género*. México: Taurus Pensamiento, 2002, p 89.

LAMAS, Marta. *El género la construcción cultural de la diferencia sexual*; México. Miguel Angel Porrúa. 2013, p 34.

LARRAURI, Elena. *Criminología Crítica y violencia de género*: España. Trotta, 2018, p. 29.

MELO, Elisangela, ZAFFARI Bárbara, CALLEGARI, André. España: Edifoser s.l. *Libros Jurídicos*, 2016, p. 161.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD *En La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo*. Ginebra: 2018.

PEREIRA, Arturo, *Estudio Multidisciplinar del perfil del violador en prisión*. *Revista de Estudios Penitenciario*, España Nº 254, 9-124, 2008.

RUSSELL, Diana, RADFORD Hill. *Feminicidio. La política del asesinato de las mujeres*: México. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p 33.

SANMARTÍN, José, *Conceptos y tipos de violencia*. En SANMARTIN José et al (coord) *Reflexiones sobre violencia*. México: Siglo XXI. 2011. P. 11-33.

SEGATO, Rita. Elementales Estructurales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, psicoanálisis y derechos humanos; Buenos Aires, María Inés Silberberg. 2003, p. 21-23.

UBIETO, Alva. La Violencia sexual como violencia de género: una perspectiva desde el derecho internacional de los derechos humanos ,Revista *Femeris*, México, vol 3 No 2 P 165-170, 2018.

VELÁZQUEZ, Ángel. Las agresiones sexuales: España, Editoriales. Bosch, 2001, p. 9.

VOZMEDIANO, Laura, GILLEN, Cesar. Criminología Ambiental. Ecología del delito y de la seguridad: Barcelona: Editorial UOC, 2010, p 9.

ZARAGOZA, José. El nuevo Sistema penitenciario mexicano de la justicia restaurativa a la justicia retributiva: México: Tirant lo Blanch, 2012, p. 29-31.

ELEMENTOS DA GOVERNABILIDADE NOS CENTROS MEXICANOS DE REINserÇÃO SOCIAL

Elements of governability in Social Reintegration Mexican Centers

Anayely Mandujano Montoya¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Conceção da governabilidade. 2. Crise de governabilidade nos centros de reinserção social. 3. Elementos da governabilidade. 4. Conclusões. Referências.

RESUMO

Na cadeia de segurança pública há um elo que está pendente em muitos países do mundo, a reinserção social, um sistema que tem reagido com respostas imediatas às situações que surgem, sem que elas respondam em substância à crise penitenciária que em muitas instituições tem sido evidenciada através da violência. No aparador de um sistema que exige uma transformação em direção à governabilidade, os Centros de Reinserção Social exigem respostas não apenas de forma, mas de substância, a fim de estabelecer os elementos que implicam a governabilidade penitenciária e, em seguida, estabelecer os mecanismos para uma efetiva reinserção social penitenciária. Portanto, neste artigo abordaremos o exemplo dos Centros Mexicanos de Reintegração Social e os elementos necessários para a governança carcerária.

Palavras-chave: Governabilidade, reinserção social, penitenciário, pessoas privadas de liberdade, crise penitenciária.

ABSTRACT

In public security there is a very important link which is currently pending in many countries judiciaries systems around the world, social reintegration, a system that has neglected this population in the penitentiary system that imposed itself with violence and not concentrating to search for adequate answers, in contrast to a positive response from reintegrated ex-felons into society. In a failed system where a transformation aimed at governance prevails, the Social Reintegration Centers demand complex answers to establish the elements that carry to penitentiary governance, to set up subsequently mechanisms for an effective penitentiary social reintegration. For this reason, in this article will address of the Mexican Centers for Social Reintegration and the necessary elements for prison governability.

Keywords: Governability, social reintegration, penitentiary, persons deprived of liberty, penitentiary crisis.

INTRODUÇÃO

Muitas vezes ouvimos o termo “autogoverno” para se referir as pessoas privadas de liberdade nos Centros de Reinserção Social, sem analisar a fundo o conceito de governança.

¹ Doutora em ciências políticas e com mestrado em criminologia pela universidade autônoma de Nuevo Leon no México, realizou pesquisas e apresentou-se em congressos sobre questões relacionadas à Administração Pública e Segurança Pública, é docente na faculdade de direito e criminologia na universidade autônoma de Nuevo Leon no México, é membra do Sistema Nacional de Pesquisadores nível candidato.

Para este artigo, se referira como pessoas privadas de liberdade (PPLs) aquelas pessoas que, por sua condição jurídica, estão internadas em um Centro de Reinserção Social; todas essas instituições serão referidas como o Sistema Penitenciário.

Por outro lado, entenderemos por Centros de Reinserção Social as instituições em que estão aquelas pessoas que pelo mandato judicial devem ser internadas como medida de precaução privando a pessoa de liberdade, seja porque a autoridade judicial o considera responsável pela prática de um crime e devem ser internados como medida de precaução, ou seja, porque a autoridade judicial o considera responsável pela prática de um crime e tem uma medida sancionatória a cumprir no interior ou porquê está em um processo e o juiz analisa que há uma probabilidade de dificultá-lo ou até mesmo de fugir para não enfrentar sua responsabilidade, e assim, colocando em risco a segurança da vítima ou da sociedade e como consequência, ordena a privação de liberdade.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos das pessoas privadas de liberdade na América assinala que as principais deficiências do Sistema Prisional são: superlotação e superpopulação; condições lamentáveis da internação, tanto materiais, como aquelas na ausência de serviços básicos; níveis de violência no interior e a falta de controle efetivo pelas autoridades; a tortura; uso excessivo da força dos elementos de segurança nos centros penitenciários; uso excessivo da prisão preventiva, levando à superlotação da prisão; ausência das medidas adequadas para a proteção de grupos vulneráveis; ausência de programas educacionais e trabalhistas; a falta de transparência nos mecanismos de acesso a esses programas e na gestão penitenciária².

Sobre o México e seus números, de acordo com o Censo Nacional do Governo, a Segurança Pública e o Sistema Prisional do Estado 2017 do INEGI³ para o fechamento do ano de 2016 ressaltou que no México houve 190,175 pessoas reclusas em 322 Centros Privativos de Liberdade - dos quais 267 são para adultos - com um espaço total para 170,785 pessoas privadas de liberdade, mostra uma superpopulação prisional que gera outros problemas nos Centros de Reinserção Social, como: corrupção, poluição criminal, violência prisional e, por fim, controle ineficaz das autoridades, no entanto, a diferença com o ano de 2015⁴ que houve 254,705 pessoas privadas de liberdade; nos permite analisar que não se cumpre com a premissa que

² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. 2011. México: CIDH, 2011. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf> Acesso em: 14 fev.2020

³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA E GEOGRAFIA. *Censo Nacional do Governo, Segurança Pública e Sistema Penitenciário Estadual*. México: INEGI, 2017. Disponível em: <https://www.inegi.org.mx/programas/cngspspe/2016/> Acesso em: 14 abril.2020

⁴ COMISSÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *A situação de superpopulação nos Centros Penitenciários da República Mexicana deve ser tratada de forma integral pelos três poderes da União*. México: CNDH, 2015. Disponível em: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2015/Com_2015_310.pdf Acesso em: 12.fev.2020

quanto menor o número de sujeitos privadas de liberdade, maior o controle da autoridade nos Centros de Reinserção Social.

Dizem que a superlotação nas prisões existe quando o número de pessoas privadas de liberdade excede os espaços disponíveis no Sistema Penitenciário em análise. A CNDH observou que no México a superlotação de prisões nos Centros de Reinserção Social é de tal maneira que “*é o problema que, enquanto não for resolvido, tornará inútil ou pelo menos limitará seriamente os esforços que são feitos em outras áreas penitenciárias*”⁵. Miguel Carbonell⁶ destacou que em 2013 no México havia 242.754 reclusos num espaço para 195.278 pessoas, no entanto, no ano 2015 já havia 254.705 pessoas privadas de liberdade nos 420 Centros de Reinserção Social do país⁷, no entanto, nos anos subseqüentes, houve uma diminuição desses números porem não reduziu a quantidade de problemas. As brigas, tumultos e homicídios que ocorreram nos últimos anos e o aumento da violência e frequência mostram uma crise penitenciária. Barba afirmou desde 2008 que “*o sistema de justiça criminal no México está em crise, derivado da falta de uma política criminal e técnica legislativa adequada*”⁸

De tal forma que é essencial que a administração penitenciária evolua para transformar não apenas os estabelecimentos penais, mas todo o contexto jurídico, institucional e de recursos que permitem modernizar os esquemas da administração e execução das sentenças, e assim, conseguir ser “de fato” a Instituição necessária para alcançar a reintegração social das pessoas privadas de liberdade.

1. CONCEPÇÃO DA GOVERNABILIDADE

É interessante ao falar sobre questões do Sistema Penitenciário, escutar conceitos como autogoverno, crise na governabilidade, ingovernabilidade, etc. No entanto, antes de fazer tal afirmação, é necessário explicar o conceito de governabilidade.

Briones⁹ alude a que essa governabilidade é uma condição social em que a relação entre o Estado, atores políticos e sociedade civil, permite que o governo

⁵ CARRANZA, Elias. *Superlotação carcerária na América Latina e no Caribe: situações e possíveis respostas*, em E. Carranza (coord.), Justiça Criminal e Superlotação Penitenciária. Possíveis respostas. México: Editora Século XXI, p.11, 2001.

⁶ CARBONELL, Miguel. *Relatório da prisão no México. Para que?* Caderno Mensal de Informação Estatística do Sistema Penitenciário Nacional. México: Ministério do Governo, p.1, 2013

⁷ COMISSÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *A situação de superpopulação nos Centros Penitenciários da República Mexicana deve ser enfrentada de forma integral pelos três poderes da União*. México: CNDH, 2015. Disponível em: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2015/Com_2015_310.pdf> Acesso em: 12 fev.2020

⁸ BARBA, Rogelio. (2008) *Política de descriminalização como meio eficaz de justiça penal justa*. México: Prolegômenos - Direitos e Valores. vol.11, n.21, p. 81, 2008.

⁹ BRIONES, Carlos. *Dinâmica socioeconômica e governabilidade: a administração Cristiani*. São Salvador: Editora Flasco, p.1, 1994.

cumpra efetivamente e legitimamente suas políticas. Pierre se refere “a coordenação sustentada e coerente entre uma ampla variedade de atores com diferentes finalidades e objetivos, assim como atores políticos e instituições, interesses corporativos, sociedade civil”¹⁰. Além disso, governabilidade é um conceito sobre formas de poder e autoridade, padrões de relacionamentos, direitos e obrigações que podem tipificar uma forma particular de governo, de acordo com o pensamento de Newman¹¹. Norberto Bobbio¹² dizia “assegurar a estabilidade do poder”.

Atul Kohli¹³ concebe a governabilidade como:

A capacidade do Estado para governar e declara os principais fatores que afetam a governança: a) presença ou ausência de coalizões políticas fortes e duradouras, b) a eficácia ou ineficácia da ação governamental e c) a capacidade ou incapacidade do sistema político para resolver conflitos sem recorrer à violência.

Este último tópico chama a atenção, pois, ao transferi-lo para os Centros de Reinserção Social, nos encontramos com um dilema, o Estado atingi atualmente os objetivos de controle e ordem sem o uso da violência ou se recorre a ela como consequência da ausência de governabilidade.

Angel Flisfisch¹⁴ faz alusão a governabilidade como “a qualidade do desempenho, considerando a oportunidade, eficácia, aceitação social, eficiência e coerência de suas decisões”

Xabier Arbós e Salvador Giner¹⁵, assinalam como “a qualidade de uma comunidade política segundo a qual suas instituições atuam efetivamente dentro do seu espaço de uma maneira considerada legítima pelos cidadãos, permitindo o livre exercício da vontade política do poder executivo através da obediência cívica do povo”.

Existe um conceito que é importante considerar para entender a governabilidade, o conceito de liderança, refere-se à capacidade do governo de exercer o controle sobre os assuntos públicos e a sociedade. Rhodes¹⁶ também se refere à capacidade de

¹⁰ PIERRE, Jon. Introdução. Debatendo a governabilidade, autoridade, direitos e democracia. Nova York: Oxford University Press, p. 9, 2000.

¹¹ NEWMAN, Janet. *Modernizando a governabilidade. Novo Trabalho, Política e Sociedade*. Londres: Editora Sage, 2001.

¹² BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo na história do pensamento político*(1976), FCE, México, 1989, p.20

¹³ KOHLI, Atul. *Democracia e insatisfação: a crescente crise de governabilidade da Índia*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

¹⁴ FLISFISCH, Ángel. *Governabilidade e consolidação democrática*. México: Revista Mexicana de Sociologia Nº.3, p.113, 1987

¹⁵ ARBOS, Xavier, GINER, Salvador. *A governabilidade, cidadania e democracia na encruzilhada mundial*. Madrid: Século XXI, p.13, 1993.

¹⁶ RHODES, Rod. *Compreendendo a governabilidade. Redes de políticas, governança, reflexibilidade e responsabilidade*. Buckingham: Open University Press, p.56, 1997.

dirigir como um “*processo de configuração padrão*”. Newman¹⁷ por sua vez, considera isso uma “*estratégia para coordenar o desenvolvimento da elaboração e execução de políticas públicas e sociais*”.

A partir de então, a governabilidade foi entendida como a distância entre as demandas sociais e a capacidade das instituições públicas de satisfazê-las, assim como a capacidade das instituições públicas de acurar os desafios que enfrentam, sejam eles obstáculos ou oportunidades.

De tal maneira que governabilidade refere-se às condições sociais necessárias para que essa racionalidade do poder seja executada de maneira eficaz, legítima e com apoio do cidadão, no entanto, a autoridade não é legitimada pelo cumprimento das leis formais, senão justamente pela maneira como são usados e implementados, para que os governos sejam legítimos, eles precisam ser eficazes e ter vontade política de enfrentar ou resolver completamente os problemas que surgem, ou seja, apenas um bom governo pode torná-los legítimos.

Portanto, a tendência da governabilidade trata-se da estabilidade institucional, a resolução de demandas, satisfação de interesses, resolução de conflitos, o que leva ao reconhecimento universal de uma autoridade pública, ou seja, o processo que cria e resolve problemas.

2. CRISE DE GOVERNABILIDADE NOS CENTROS DE REINserÇÃO SOCIAL

É curioso que o conceito de Governabilidade tenha sua origem em uma teoria da ingovernabilidade em primeira instância, talvez, porque um fenômeno é mais facilmente visível quando o equilíbrio não é mantido. Ao falar da governabilidade nos Centros de Reinserção Social, refere-se à relação entre as autoridades e as pessoas privadas de liberdade que permite que a autoridade cumpra de maneira efetiva e legítima os objetivos das Instituições e os processos que aí ocorrem.

Kooiman¹⁸ assinala em sua classificação de governabilidade que a “*auto-governabilidade*”, é “*a capacidade das entidades sociais de fornecer os meios necessários para desenvolver e manter sua própria identidade e mostrar um grau relativamente alto de autonomia sócio-política*”.

Portanto, não usamos o conceito de autogoverno para definir o poder ou controle que as pessoas privadas de liberdade têm, pois isso indicaria que a Instituição é sustentável em si mesma legitimamente com o apoio das pessoas privadas de liberdade de tal maneira que o conceito que abordaremos será “*ingovernabilidade ou ausência de governabilidade*”.

¹⁷ NEWMAN, Janet. *Modernizando a governabilidade. Novo Trabalho, Política e Sociedade*. Londres: Editora Sage, p.15, 2001.

¹⁸ KOOIMAN, Jan. *Governar Como governança*. Londres: Editora Sage, p.249, 2003.

Os autores Bobbio, Matteucci e Pasquino¹⁹ ressaltam que a ingovernabilidade é “a soma do enfraquecimento da efetividade do governo simultaneamente ao enfraquecimento do consenso cidadão, onde a demanda é fácil e a resposta é difícil”.

Huntington²⁰ explica a ingovernabilidade como o produto de uma sobrecarga das demandas às quais o Estado responde com a expansão de seus serviços e sua intervenção, causando inevitavelmente uma crise, deslegitimando a autoridade e perdendo a confiança na liderança da instituição, porque, bem como mencionamos anteriormente, uma vertente da governança é a legitimidade.

É dizer que, a tendência é ter aquelas condições que garantam o exercício do poder pela autoridade em relação às pessoas privadas de liberdade, sem risco excessivo de se tornar violentamente desarticulado, deve ser aceita a existência de certas condições que preservem um mínimo de coerência, o que, por sua vez, permite legitimar a autoridade e a Instituição.

É então que a ingovernabilidade se refere a uma situação disfuncional onde se dificulta à atividade e a capacidade por parte das autoridades sobre os Centros de Reinserção Social. Em contrapartida, a governabilidade leva de uma maneira inerente e apartada a ela, os elementos da eficiência, legitimidade e o apoio social, pois a autoridade atua efetivamente dentro de seu espaço de um jeito considerado legítimo pelos cidadãos.

Para esclarecer a causa da ingovernabilidade nos Centros de Reinserção Social evocamos a Rhodes²¹, quem considera que isso se deve a um vazio do Estado, que gerou um estado fragmentado difícil de organizar e controlar, derivado da ausência de autoridade institucional. Nesse sentido, Hirst²² afirma que, para que a governabilidade seja bem-sucedida, é necessário fixar uma estrutura institucional; caso contrário, “as lacunas na governabilidade e a falta de coordenação entre os níveis de governabilidade afetarão seriamente a eficiência dos organismos governamentais” evidenciando um sistema penitenciário falhado e vulnerável.

Antonio Camou²³ refere que existem ameaças direcionados à governabilidade decorrentes da exclusão, os defasagens sociais e impossibilidade de acessar uma vida decente, maior capacidade de adaptação e maior flexibilidade institucional.

¹⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 13. ed *Dicionário de Política*. México: Editora Século XXI, p.704, 2002.

²⁰ HUNTINGTON, Samuel. *A terceira onda. Democratização no final do século XX*. Norman: University of Oklahoma Pree, 1991

²¹ RHODES, Rod. *Compreendendo a governabilidade. Redes de políticas, governança, flexibilidade e responsabilidade*. Buckingham: Open University Press, p.56, 1997.

²² HIRST, Paul. *Democracia e Governança*. Em J. Pierre (ed.). *Debatendo a governabilidade, autoridade, direitos e democracia*. Nova York: Oxford University Press, p.24, 2000.

²³ CAMOU, Antonio. *Governabilidade e Democracia*. México: Cadernos do Instituto Federal Eleitoral, p. 21, 1995.

É então que, quando nos referimos a uma crise de governabilidade, nos referimos à incapacidade das instituições de assumir e processar o conflito, a ausência de governabilidade deriva então da incapacidade das instituições de resolver a interação dos atores em conflito, se apresenta uma instabilidade, uma desordem ou há um colapso regulatório que leva à perda de confiança e, portanto, à perda de legitimidade da instituição.

De tal maneira que, para a construção de políticas penitenciárias e o desenvolvimento penitenciário, deve haver governabilidade, se houver uma ausência nos Centros de Reinserção Social, a realização dos objetivos pela autoridade não seria possível e ocorreria à criminalidade de dentro das instituições.

É então que a governabilidade nos Centros de Reinserção Social exige uma nova fonte de legitimidade, apoiada pelas demandas da maioria, em sua livre participação, que buscam que suas deficiências elementares comecem a ser atendidas e satisfeitas, a respeito às normas constitucionais, uma clareza absoluta na gestão de recursos, o controle do cidadão, um bom gerenciamento público (regulamentada, transparente, pública, honesta) e a reforma das Instituições para torná-las mais eficazes, além de partir da premissa inerente de reformar a sociedade para conscientizar o cidadão.

Portanto, é transcendente assumir governabilidade a partir de uma concepção endógena no interior das instituições e uma concepção exógena, promovendo políticas sociais com melhores resultados para evitar crises de governabilidade nos Centros de Reinserção Social.

3. ELEMENTOS DA GOVERNABILIDADE NOS CENTROS DE REINERÇÃO SOCIAL

A governabilidade é um tópico que implica em primeira instância a legitimidade das instituições e segundo, a efetividade entendida como a capacidade de um regime de encontrar soluções para os problemas, ou seja “*A idoneidade das políticas desenhadas pelo Governo para reduzir ao mínimo o conflito*”²⁴, no entanto, ao transferir a governabilidade para os Centros de Reinserção Social, também estamos nos referindo ao excesso de demandas no sistema, que, na verdade, é insuficiente para cobrir pelo menos os serviços básicos.

O próprio Alcântara²⁵ menciona quatro notas gerais que caracterizam uma situação de ingovernabilidade e que, por sua vez, interpretamos no contexto prisional como eles são:

²⁴ ALCÁNTARA, Manuel. *Governabilidade e democracia. Governabilidade, crises e mudanças*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais de Madrid, p.17, 1994.

²⁵ *Ibidem*, p. 17.

1) A falta de disciplina manifestada nos esforços feitos com métodos violentos, ilegais ou anômalos nas Instituições; 2) A instabilidade em relação ao fracasso dos reclusos ou à autoridade em preservar suas posições de dominação; 3) A ineficácia, entendida como a diminuição da capacidade da autoridade para atingir os objetivos desejados e 4) Ilegalidade, ou seja, os esforços enviados pelos possuidores, de um poder de alto nível para fugir das restrições legais e constitucionais em busca de vantagens e até de sua própria sobrevivência.

Existem elementos que aumentam a complexa crise dos Centros de Reinserção Social: corrupção e ausência de governabilidade; porque a demanda e o orçamento limitado destinado gera um contexto de escassez, o que resulta em um confronto por espaços e serviços básicos, que de acordo com os padrões mínimos, devem ser fornecidos de maneira plena, transparente e livre para os presos²⁶. No México, por exemplo, entre 2010 e maio de 2013, houve 269 incidentes no número total de centros penitenciários no país, dos quais 41,3% foram brigas, 11,5% escaparam e 3% tumultos²⁷.

Os dados acima indicam que os Centros de Reinserção Social do México têm importantes deficiências organizacionais e graves deficiências funcionais, como resultado de “sua saturação e superpopulação, as estruturas de reinserção talvez sejam um dos focos da corrupção que exige mais atenção nos processos de segurança pública e nos protocolos de desempenho dos centros penitenciários”²⁸.

O Sistema Penitenciário precisa evoluir com o objetivo de alcançar a reinserção social, isto é, reintegrar o criminoso à sociedade de maneira produtiva e positiva, no entanto, como a infraestrutura dos Centros de Reinserção Social foi excedida, os recursos humanos e materiais são quantitativamente deficientes, a diferença qualitativa no perfil dos presos federais e com os do foro comum criam o risco de que os presos desenvolvam habilidades e contatos para cometer outros crimes de alto impacto, isto é, contaminação criminogênica, limitando bastante o trabalho penitenciário.

Echeberria²⁹ estabelece por meio de indicadores institucionais alguns que são frequentemente utilizados; por exemplo, os indicadores de input, output o outcome; no caso dos indicadores de input (insumos) eles medem a dotação de recursos

²⁶ ZEPEDA, Guillermo. *Situações e desafios do Sistema Penitenciário Mexicano*, México: México Avalia, Centro de Análisis de Políticas Públicas, A.C., 2013. Disponível em: <http://mexicosos.org/descargas/dossier/estudios/situacion_y_desafios_del_sistema_penitenciario.pdf> Acesso em: 10 de Maio 2020.

²⁷ SECRETARÍA DO GOVERNO. *Estadísticas do Sistema Penitenciário Nacional*, México: SEGOB, 2013. Disponível em: <http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en_numeros2.pdf> Acesso em: 18 janeiro 2020.

²⁸ PATIÑO, José Patricio. *Novo Modelo de Administracao Penitenciaria*. México: Editora Porrúa, p.248, 2010.

²⁹ ECHEBERRIA, Koldo. *Governança objetiva: funções e metodologia. Uma abordagem para a objetivação da análise institucional por meio de indicadores de governança*. Madrid, Espanha: IX Congresso Internacional do CLAD sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública. Madrid, Espanha 2-5 Nov, 2004.

das instituições e usam uma metodologia baseada em dados objetivos. Eles tendem a ser mais específicos, transparentes, replicáveis e politicamente aceitáveis.

Os indicadores de output (produtos) medem o volume de produtos-serviços gerados pelas políticas de uma instituição ou grupos de instituições (serviços executados, eficiência e qualidade no processamento de casos, etc.); enquanto os indicadores de outcome (resultados) eles vão um passo além, identificando o impacto dessas ações em relação aos efeitos desejados na sociedade. Eles tendem a ser relativamente específicos, transparentes, replicáveis e precisos. Os indicadores de outcome são ainda mais indiretos, pois é necessário observar a incidência de fatores exógenos no resultado.

No entanto, os indicadores de desempenho (eficácia, eficiência, qualidade e economia) avaliam a qualidade de regras específicas e/ou sua aplicação com base no bom desempenho. Sua metodologia é baseada em dados, objetivos e subjetivos (opinião de especialistas e pesquisas). Os indicadores se dirigem diretamente a avaliar a chamada “caixa preta”, aplicável aos Centros de Reinserção Social.

De tal maneira que a avaliação por meio de indicadores sempre nos permitirá identificar os elementos de governabilidade que devem ser abordados.

No caso dos Centros de Reinserção Social no México, o Diagnóstico Nacional de Supervisão Penitenciária (DNSP) considera que as deficiências nessas instituições se baseiam na classificação criminológica dos reclusos, assim como a falta de separação entre o acusado e o condenado em áreas comuns são fatores que reduzem a efetividade da reintegração social do preso, o ex-presidente da CNDH no México, o Dr. Raul Plascencia Villanueva destacou que *“a repetida falta de pessoal de segurança nas prisões é a insegurança constante e promove a insegurança e o “autogoverno” dos presos”*.³⁰

Por outro lado, o Banco Mundial, organização internacional das Nações Unidas (ONU) composta por 187 países, é uma organização que gera apoio técnico e financeiro para países em desenvolvimento no mundo inteiro, os principais objetivos são reduzir a pobreza e promover o desenvolvimento, atualmente, desenvolve indicadores de governabilidade, uma vez que em seus estudos considera que mais da metade da população mundial expressa sua desconfiança nas instituições governamentais, subtraindo credibilidade e, portanto, legitimidade.

Por tanto, o Departamento de Práticas Mundiais de Bom Governo presta apoio aos países a fim de consolidar instituições responsáveis, competentes, abertas, eficientes e inclusivas, com base nas pesquisas realizadas nesse sentido.

³⁰ COMISSÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre a situação dos direitos humanos em Nuevo León: Pessoas privadas de liberdade*. México: CNDH, p.35, 2013. Disponível em: <http://www.cedhnl.org.mx/imagenes/publicacionesespeciales/Informe2014_SituacionDHenNLPersonasPrivadasDeLibertad.PDF> Acesso em: 5 maio de 2020.

De fato, a segurança pública é um elemento fundamental para a governabilidade, uma vez que o relatório mundial³¹ refere que a segurança é uma condição necessária para o desenvolvimento. Em 2015, a violência registrou um custo para a economia mundial de USD 14,3 bilhões, ou 13,4% do produto interno bruto (PIB) mundial, e esse custo aumentou mais de 15% desde o ano 2008.

De tal maneira que os países que desfrutam de instituições consolidadas tendem ao desenvolvimento porque são capazes de promover um ambiente que favorece a participação do setor privado e aumenta a confiança dos cidadãos, essa relação de confiança se estabelece quando os cidadãos participam do processo de tomada de decisão e sabem que são ouvidos, gerando participação e, portanto, um senso de corresponsabilidade que conseqüentemente legitima as instituições; o mesmo acontece com as pessoas privadas de liberdade.

Pelo anterior, desenvolvemos uma série de indicadores aplicáveis aos Centros de Reinserção Social na análise da governança institucional.



Imagem I. Elementos da governabilidade.

Fonte: Elaboração própria

³¹ BANCO MUNDIAL. *Melhorar a governança é essencial para garantir o crescimento equitativo nos países em desenvolvimento*. Washington: BM, 2017. Disponível em: <<http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2017/01/30/improving-governance-is-key-to-ensuring-equitable-growth-in-developing-countries>> Acesso em: 5 maio de 2020.

3.1 Estados de Direito. O cumprimento das normas atuais tanto dos funcionários como das pessoas privadas de liberdade.

Os cidadãos aspiram a alcançar o Estado de direito, em que as normas são aplicadas indistintamente e até mesmo para as autoridades, isso por si só é uma norma na qual a lei se torna em princípios compartilhados pela sociedade. Para o Estado de direito, é necessário primeiro entender o papel da lei. Não somente importa a lei no papel, senão também fortalecer este.

3.1.a Cumprimento das normas: Nível de cumprimento dos regulamentos em vigor, com a adesão aos direitos humanos do pessoal que trabalha lá e dos que são privadas de liberdade.

Por si só, em regime fechado, as normas devem prevalecer, a conformidade com as regras estabelecidas pela autoridade deve ser visível, a fim de alcançar o controle interno, é então devemos divulgar e fazer um conhecimento geral dos regulamentos e garantir sua conformidade.

Se houver iniquidade na aplicação das normas, ficará visível que não há Estado de Direito, a lei do mais apto prevalece com um senso de sobrevivência que, em um ambiente sem governabilidade, influencia negativamente a conduta dos PPL's e os torna vulneráveis. O cumprimento de padrões sem distinção promoverá a equidade entre as pessoas privadas de liberdade e melhorará a legitimidade não apenas da autoridade, mas de toda a instituição.

3.1.b Confiança nas regras e na autoridade: O grau de confiança nas regras e à autoridade no interior da Instituição Privativo de Liberdade.

Uma vez que sejam estabelecidas e cumpridas as normas melhorara o nível de confiança nas regras e na autoridade, isso representa um grande desafio devido ao baixo nível de confiança dos cidadãos no Sistema Penitenciário.

Na situação em que a autoridade agiu como corresponsável pela ausência de governabilidade por ação ou omissão, é difícil recuperar a confiança nas regras e na autoridade, credibilidade e legitimidade das pessoas privadas de liberdade em relação à instituição e as autoridades.

Nesse elemento, é importante considerar o papel do guarda da prisão, pois será importante repensar a importância do perfil ideal para o trabalho que está sendo feito, o treinamento doutrinário e as competências, bem como a plena convicção da reinserção social, de tal maneira que se consolide como uma autoridade, que deve ser acompanhada pela dignidade do trabalho prisional.

De tal maneira que um senso de coerência em um sentido bilateral será importante, isto é, da autoridade para as pessoas privadas de liberdade e do sistema diante aos trabalhadores da penitenciária.

3.2 Eficácias do governo.

Inclui o cumprimento de objetivos, as competências dos funcionários públicos, a credibilidade na instituição e a legitimidade institucional.

3.2.a. Controle eficaz dos centros de detenção: Percepção de pessoas privadas de liberdade sob o controle efetivo da autoridade.

O controle interno é um elemento que representa um grande desafio para as autoridades penitenciárias, o regime penitenciário desempenha um papel importante. O controle interno é outro elemento que muitas vezes é confundido com governabilidade, mas é apenas um de seus elementos.

Quando o regime penitenciário é cumprido e o controle interno é mantido, as possibilidades de violência penitenciária são reduzidas, favorecendo a percepção de segurança.

3.2.b. Qualidade regulatória: Nível de capacidade da autoridade para formular e implementar políticas e regulamentos que permitam e promovam o desenvolvimento.

A qualidade regulatória é um elemento importante para o desenvolvimento penitenciário, uma vez que responde às ações implementadas ou às boas práticas voltadas para a melhoria contínua, no entanto, primeiro, o acesso a serviços básicos, como alimentos, serviços médicos etc. deve ser garantido para migrar para uma qualidade regulatória.

3.3 Controles da corrupção.

Percepção do nível de poder público exercido para lucro privado.

3.3.a. Percepção do nível de corrupção: Nível de corrupção percebido pelas pessoas privadas de liberdade pelo uso indevido do poder de uma autoridade ou quando permite atos contrários à lei nos Centros de Reinserção Social.

Em um sistema fechado como os Centros de Reinserção Social, os serviços tornam-se escassos e de grande valor, razão pela qual, diante de um sistema de iniquidade, coloca algumas pessoas privadas de liberdade num nível superior a outras, de tal maneira que o acesso aos serviços básicos, entre outras coisas, represente o poder que é disputado dentro dela.

Assim, em um contexto em que os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade não são garantidos, surge uma necessidade de sobrevivência, que muitas vezes resulta no uso da violência.

Quando atos de corrupção são permitidos no interior, o sistema se fragmenta, tornando-se opaco, sem credibilidade, violento, inseguro, ilegítimo e sem uma visão clara ou linhas de ação que permitam o desenvolvimento da prisão.

3.4 Estabilidade e ausência de violência.

Probabilidade de ameaças ou mudanças que possam afetar a estabilidade da Instituição e até do Estado, como a violência interna.

3.4.a. Percepção do nível de conflito interno ou violência nas prisões: Nível de conflitos percebidos dentro do Centro Penitenciário entre pares (pessoas privadas de liberdade) e entre PPL's-autoridade.

A violência nas prisões é um elemento que evidencia por si só a ausência de governabilidade, de fato, às vezes o conflito interno é confundido com "autogoverno"; no entanto, a violência é um sintoma de ingovernabilidade, mas não a causa em si.

Como existe violência intramural, reduz qualquer possibilidade de reintegração de pessoas privadas de liberdade no seu entorno, pois o medo, a falta de confiança e incerteza gera um sentimento de vulnerabilidade que, às vezes e como consequência do processo do “encarceramento” leva a um ambiente hostil que influencia negativamente o comportamento das pessoas privadas de liberdade, transformando a intenção de melhorar a entrada, devido à necessidade de sobrevivência, gerando mais violência dentro.

A violência é o elemento que anula as possibilidades de reinserção social, uma vez que a participação diminui, os direitos humanos são violados, as pessoas privadas de liberdade são violadas e o desenvolvimento da prisão é eliminado.

Nesse sentido, a violência permitida pela autoridade prejudica completamente a credibilidade e legitimidade do sistema penitenciário, uma vez que o Estado garante seus direitos e sua integridade.

3.4.b. Percepção de segurança: Nível de sentimento de segurança por parte das pessoas privadas de liberdade no Centro Privativo da liberdade e da mesma equipe.

As instituições podem perder o controle interno da governabilidade devido à insegurança como resultado da instabilidade e violência nas prisões, por isso esses elementos são transcendentais, pois podemos determinar que tanto a estabilidade quanto a ausência de violência são indicadores de governabilidade.

A percepção de segurança está ligada à ausência de violência, quanto maior a violência, maior a percepção de insegurança dentro e fora dos Centros de Reinserção Social. Em um espaço seguro são favorecidos a estabilidade, a participação, a confiança na autoridade, no sistema e na reinserção social

3.5 Voz e prestação de contas.

3.5.a. Respeito e exercício dos direitos humanos: Nível de respeito pelos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas instituições, como o direito de ser ouvido e de participar nas atividades.

A dignidade humana, assim como o reconhecimento e o exercício dos direitos humanos, conferem às pessoas privadas de liberdade a capacidade de se reconhecerem como sujeitos com possibilidade de melhoria, mas sem se sentir excluído do sistema social, é um elemento complexo, pois o mundo continua lutando para tornar visíveis os direitos humanos de muitas pessoas; portanto, se ainda houver dificuldades em assumir, respeitar e exercer os direitos humanos das pessoas fora dos Centros de Reinserção Social, os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade não apenas se tornam difíceis de respeitar e garantir devido ao contexto em que se encontram, mas também nem são exigidos, pois pessoas privadas de liberdade raramente são consideradas socialmente.

3.5.b. Prestação de contas: Nível de supervisão e controle das decisões e ações das autoridades contra alguém externo.

Salcedo (2006) refere-se a “prestação de contas” como a obrigação de relatar uma responsabilidade conferida, para que um relacionamento seja formulado com

base na obrigação de demonstrar o desempenho e assumir a responsabilidade correspondente em termos de expectativas acordadas.

Esse elemento favorece a transparência, que permite aumentar a credibilidade perante a Instituição Penitenciária, que foram amplamente ofuscados pela falta de confiança dos cidadãos, rompendo e fragmentando o vínculo autoridade-cidadania.

Tabela 1. Governabilidade nos Centros de Reinserção Social

ELEMENTOS DA GOVERNABILIDADE			
Atributos	Componentes	Requisitos institucionais	Indicadores
Estado de direito	<i>Nível de cumprimento das leis</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Existência de um quadro institucional adequado - Conhecimento dos marcos normativos e regulatórios das instituições. - Cumprimento dos marcos normativos. - Sanções claras. 	<ul style="list-style-type: none"> - Existência de regulamentos institucionais aplicáveis e atuais. - Manual de procedimentos claros a cumprir em caso de não cumprimento de uma norma institucional. - Nível de conhecimento dos regulamentos institucionais. - Nível de cumprimento das leis. - Indisciplinas apresentadas em contraste com as sanções aplicadas ao interior e a resolução das mesmas.
	<i>Nível de confiança nas regras e na autoridade</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Padrões e sanções justas. - Aplicação justa de regras e sanções pela autoridade. 	<ul style="list-style-type: none"> - Nível de confiança nas regras. - Nível de confiança na autoridade
Eficácia do governo	<i>Controle eficaz dos centros de detenção</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Relações disciplinares das pessoas privadas da liberdade em relação à autoridade. - Controle da instituição pela autoridade. 	<ul style="list-style-type: none"> - Interação ordenada e disciplinada entre pessoas privadas de liberdade por / com autoridade. - Nível de controle pela autoridade.
	<i>Qualidade regulatória</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Habilidade para realizar a gestão correta para manter a melhoria contínua. 	<ul style="list-style-type: none"> - Nível dos serviços básicos coberto pelo interior. - Atividades de melhoria contínua realizadas.

ELEMENTOS DA GOVERNABILIDADE			
Atributos	Componentes	Requisitos institucionais	Indicadores
Controle de Corrupção	<i>Percepção do nível de corrupção.</i>	- Processos interinstitucionais e operacionais baseados nos princípios de honestidade, integridade e justiça.	- Nível de percepção de corrupção.
	<i>Ausência de conflito interno ou violência nas prisões</i>	- Ausência de brigas, tumultos, homicídios, etc. - Frequência de conflitos que ocorrem dentro.	- Número de eventos de brigas, tumultos, homicídios dentro. - Frequência de eventos de brigas, motins, homicídios, motins, etc.
Estabilidade e ausência da violência	<i>Percepção de segurança</i>	- Estabilidade. - Ausência de violência.	- Situações de violência que desestabilizam a instituição. - Armas, drogas, álcool, armas confiscadas na Instituição.
	<i>Direitos humanos</i>	- Conhecimento dos direitos humanos. - Exercício de direitos humanos. - Respeito pelos direitos humanos.	- Nível de conhecimento dos direitos humanos. - Nível de participação nas decisões do seu plano de atividades. - Nível de respeito da autoridade aos direitos humanos.
Voz e prestação de contas	<i>Prestação de contas</i>	- Transparência nos processos operacionais. - A permanente prestação de contas - Abertura para fornecer informações.	- Nível de conformidade com os relatórios de prestação de contas. - Nível de atendimento dos pedidos de informações respondidos. - Nível de supervisão, avaliação e auditorias dentro da Instituição.

4. CONCLUSÕES

Os Centros de Reinserção Social, constituem um sistema fechado no qual a relação de diferentes elementos, como conformidade com regulamentos, a confiança nas regras e autoridade, o controle interno eficaz, a qualidade regulatória, controle da

corrupção, estabilidade ou ausência de violência, a percepção de segurança, respeito e exercício dos direitos humanos e prestação de contas configuram as condições de governança, o que implica uma responsabilidade por parte do Estado, como garante pessoas privadas de liberdade, manter o sistema em equilíbrio entre as demandas e necessidades das pessoas privadas de liberdade e o exercício do poder efetivo pela autoridade.

Da mesma forma, o Sistema Penitenciário representa a conjunção de ameaças à governabilidade, como a exclusão e desigualdade social, além da pouca flexibilidade e adaptabilidade institucional e a capacidade de adaptabilidade que se pode implementar em um contexto com um regime penitenciário, devido às características do próprio sistema, no entanto, se for possível melhorar os elementos de governabilidade, consequentemente, será alcançado um desenvolvimento penitenciário em todos os seus aspectos.

Embora represente um grande desafio, isso nos aproxima da eficiência, legitimidade e estabilidade; a governabilidade nos Centros de Reinserção Social não é apenas necessária, mas também urgente, pois seus benefícios não são apenas unilaterais, isto é, em relação à autoridade, mas para todas as pessoas privadas de liberdade, suas famílias e sociedade. Em geral, quanto mais governabilidade maior a satisfação das necessidades e mais tangível o caminho para a reinserção social positiva.

Dessa forma, a governabilidade deve ser tratada de forma integral, favorecendo os elementos que contribuem para sua consolidação e contrabalançando aqueles que limitam seu fortalecimento, para avançar em direção ao equilíbrio e estabilidade, além de torná-lo funcional e eficaz para consolidar sua legitimidade.

REFERÊNCIAS

ALCÁNTARA, Manuel. *Governabilidade e democracia. Governança, crises e mudanças*. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais de Madrid, 1994.

ARBOS, Xavier, GINER, Salvador. *A Governabilidade, cidadania e democracia na encruzilhada mundial*. Madrid: Século XXI, p.13, 1993.

BANCO MUNDIAL. *Bom governo: uma visão geral*. Washington, BM, 2016. Disponível em: <http://www.bancomundial.org/es/topic/governance/overview>

BANCO MUNDIAL. *Contas claras: Governabilidade para o crescimento com equidade na América Latina e o Caribe*. Washington, BM, 2016. Disponível em: <http://www.bancomundial.org/es/events/2016/01/29/conferencia-regional-cuentas-claras>

BANCO MUNDIAL. *Relatório de desenvolvimento global*. Washington: BM, 2017. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25880/210950mmSP.pdf>

BANCO MUNDIAL. *Melhorar a governança é essencial para garantir o crescimento equitativo nos países em desenvolvimento*. Washington: BM, 2017. Disponível em: <http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2017/01/30/improving-governance-is-key-to-ensuring-equitable-growth-in-developing-countries>

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 13. ed *Dicionário de Política*. México: Editora Século XXI, 2002.

BARBA, Rogelio. (2008) *Política de descriminalização como meio eficaz de justiça criminal justa*. México: Prolegômenos - Direitos e Valores. vol.11, n.21, p. 81-88, 2008.

BRIONES, Carlos. *Dinâmica Socioeconômica e Governabilidade: A Administração Cristiani*. São Salvador: Editora Flacso, p.1, 1994.

CAMOU, Antônio. *Governabilidade e Democracia*. México: Cadernos do Instituto Federal Eleitoral, p. 21, 1995.

CARBONELL, Miguel. *Relatório da Prisão no México. Para que?* Caderno Mensal de Informação Estadística do Sistema Penitenciário Nacional. México: Secretaria do Governo, p.1, 2013.

CARRANZA, Elias. *Superlotação carcerária na América Latina e no Caribe: situação e possíveis respostas*, em E. Carranza (coord.), *Justiça Penal e Superlotação Penitenciária. Respostas possíveis* (p.11). México: Editora Século XXI, 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 2011*. México: CIDH, 2011. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

COMISSÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre a situação dos direitos humanos em Nuevo León: Pessoas privadas de liberdade*. México: CNDH, p.35, 2013. Disponível em: http://www.cedhnl.org.mx/imagenes/publicacionesespeciales/Informe2014_SituacionDHenNLPersonasPrivadasDeLibertad.PDF

COMISSÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *A situação de superpopulação nos Centros Penitenciários da República Mexicana deve ser enfrentada de forma integral pelos três poderes da União*. México: CNDH, 2015. Disponível em: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2015/Com_2015_310.pdf

ECHEBERRIA, Koldo. *Governança objetiva: funções e metodologia. Uma abordagem para a objetivação da análise institucional por meio de indicadores de governança*. Madrid, Espanha: IX Congresso Internacional do CLAD sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública. Madrid, Espanha 2-5 Nov, 2004.

FLISFISCH, Ángel. *Governabilidade e consolidação democrática*. México: Revista Mexicana de Sociologia Nº.3, p.113, 1987

HIRST, Paul. *Democracia e Governança. Em J. Pierre (ed.) Debatendo governança. Autoridade, direitos e democracia*. Nova York: Oxford University Press, pp. 13-35, 2000.

HUNTINGTON, Samuel. *A terceira onda. Democratização no final do século XX*. Normando: University of Oklahoma Pree, 1991.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E GEOGRAFÍA. *Censo Nacional de Governo, Seguridad Pública e Sistema Penitenciário Estadual*. México: INEGI, 2017. Disponível em: <http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2017/>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E GEOGRAFÍA. *Estadísticas Judiciales en Materia Penal*. México: INEGI, 2011.

KOHLI, Atul. *Democracia e insatisfação: a crescente crise de governabilidade da Índia*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

KOOIMAN, Jan. *Governar como governança*. Londres: Editora Sage, 2003.

NEWMAN, Janet. *Modernizando a governança. Novo Trabalho, Política e Sociedade*. Londres: Editora Sage, 2001.

PATÍÑO, José Patricio. *Novo Modelo de Administracao Penitenciaria*. México: Editora Porrúa, 2010.

PIERRE, Jon. Introdução. *Debatendo governança. Autoridade, direitos e democracia*. Nova York: Oxford University Press, p. 1-10, 2000.

PRATS, Joan. (2000) *Prevenir crises de governança democrática, aspecto esquecido da cooperação política*. Barcelona, Espanha: Dhial N° 3. Disponível em: <http://www.ligov.org/dhial/>

PRATS, Joan. *O conceito e a análise da governança*. Revista Internacional de Desenvolvimento Humano. Barcelona, Espanha: IIG-BLIO, p.14-15, 2003.

RHODES, Rod. *Compreendendo a governança. Redes de políticas, governança, flexibilidade e responsabilidade*. Buckingham: Open University Press, 1997.

SECRETARÍA DO GOVERNO. *Estadísticas do Sistema Penitenciário Nacional*, México: SEGOB, 2013. Disponível em: <http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/365162//archivo/>

ZEPEDA, Guillermo. *Situação e desafios do Sistema Penitenciário Mexicano*, México: México Avalia, Centro de Análises de Políticas Públicas, A.C., 2013. Disponível em: <http://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2013/08/El-Sistema-Penitenciario-Mexicano-GZEPEDAL-2013.pdf>

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO EM ÂMBITO MUNICIPAL E ESTADUAL

Intercurrent prescription and reasonable duration of the administrative process at municipal and state scope

Kristian Rodrigo Pscheidt¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Breve intróito sobre a duração razoável do processo e a prescrição intercorrente. 2. A prescrição intercorrente no âmbito federal. 3. A prescrição intercorrente no âmbito municipal e estadual. 4. Considerações finais. Referências.

RESUMO

A duração razoável do processo e a efetividade justificam a aplicação do instituto da prescrição intercorrente, esboçada no artigo 1º, §1º da Lei Federal nº 9.873/1999. Ocorre que referida disposição é aplicável unicamente à administração pública federal, deixando que Estado e Municípios legislem sobre o tema. Ocorre que frente a ausência normativa local, tais entes federados não estão à margem do princípio da duração razoável do processo. Assim, caminha de forma equivocada o Superior Tribunal de Justiça em afastar a legislação federal das omissões legislativas verificadas no âmbito local.

Palavras-chave: Duração razoável do processo; prescrição intercorrente; processo administrativo estadual e municipal. Aplicabilidade.

ABSTRACT

The reasonable duration of the process and the effectiveness justify the application of the intercurrent prescription institute, outlined in article 1, §1 of Federal Law 9.873 / 1999. It turns out that said provision is only applicable to the federal public administration, leaving the State and Municipalities to legislate on the subject. It happens that, in the absence of local regulations, such federated entities are not outside the principle of reasonable duration of the process. Thus, the Superior Court of Justice is mistakenly moving away from federal legislation from legislative omissions verified at the local level.

Keywords: Reasonable process duration; intercurrent prescription; state and municipal administrative process. Applicability.

INTRODUÇÃO

O processo administrativo constitui uma ferramenta importante na concretização de diversos preceitos fundamentais do cidadão, expressos em sua maioria no artigo 5º da Constituição. São elementos técnicos que, na prática, evidenciam a

¹ Professor de Direito, Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018), pós-graduado em Gestão e Legislação Tributária pela Uninter (2018), possui L.L.M em Direito de Negócios pela FMU (2014), é especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário Curitiba (2010), possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008), graduação em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2004) e graduação técnica em Gestão Financeira pela Universidade Luterana do Brasil (2016). Advogado do escritório Costa Marfori Advogados. Kristian_adv@hotmail.com

aplicação de corolários básicos como a ampla defesa, contraditório, motivação, eficiência e, com destaque, a duração razoável do processo.

Expressos como direitos fundamentais individuais, trazem em sua acepção prerrogativas diretas, imediatas e expressas, que devem ser adotadas pelo Poder Público na sua integralidade. As garantias individuais não são opcionais, e significam a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Por isso, a aplicação da duração razoável do processo ganha contornos amplos, devendo ser apreciada em qualquer instância, independentemente da existência de norma infra-constitucional a esse respeito.

Neste sentido, o presente estudo pretende abordar, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, quais são os contornos do princípio da duração razoável do processo frente ao intuito da prescrição intercorrente. Especificamente no âmbito administrativo, verificar como é aplicado e interpretado o dispositivo do artigo 1º, §1º da Lei 9.873/1999.

Assim surge o ponto central do estudo, no momento que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indica que aludida norma não reverbera sobre os demais entes federativos. Desvenda-se assim a questão fundamental: como compatibilizar a duração razoável nos processos administrativos estaduais e municipais, frente a ausência de disposição normativa a respeito da prescrição intercorrente?

Responder a esse questionamento, ainda que de forma sucinta e objetiva, constitui o escopo do trabalho, que pretende trazer à reflexão institutos muito discutidos, mas longe de estarem consolidados na prática dos tribunais.

1. BREVE INTRÓITO SOBRE A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

O princípio fundamental da duração razoável do processo, indicado no artigo 5º, LXXVIII da Constituição, enuncia que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Trata-se da consagração expressa do princípio da razoável duração do processo no modelo constitucional brasileiro e dos meios que garantam a celeridade de tramitação do processo.

Possui estreito laço com o artigo 37 da CF de 1988, estipulando o dever do Estado atuar de forma eficiente em seus atos. Trata-se da consagração do princípio da eficiência, o qual guarda íntima relação com a noção de efetividade processual, que foi positivado na magna carta através da EC 19 de 1998. Traz consigo a imposição ao agente público de atuar de forma a permitir que o Estado atinja os seus fins perante a sociedade, buscando-se sempre, neste sentido, resultados favoráveis ao todo social.

Como enuncia Cassio Scarpinella Bueno (BUENO, 2019, p. 62), “o que o princípio quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos em-pregados por ela sejam racionalizados, otimizados, tornados mais eficientes sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos”.

A própria Lei 9.784/99, em seu art. 2º, caput, faz referência expressa ao princípio da eficiência como sendo um dos que regem o processo administrativo, sendo que Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2001, p. 83), acerca de sua natureza, informa que pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, “para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”.

A duração razoável do processo atribui aos Poderes Públicos a necessidade de atender, de logo, nos parâmetros de durabilidade do processo, o tempo prudente e justo para que a decisão jurisdicional renda a eficácia esperada, ou seja, a razoabilidade se estende não ao tempo de afirmação do direito em litígio, senão à própria execução da decisão, à realização de seu conteúdo, à aplicação efetiva do direito.

A justificativa da sobrecarga de trabalho, desaparelhamento, insuficiência de recursos, precariedade das instalações do Poder Público, por certo, em nenhum momento afasta a garantia fundamental da duração razoável do processo. É o que os tribunais superiores vêm julgando de forma reiterada:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE ANISTIA. PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIACÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

1. A todos é assegurada a razoável duração do processo, segundo o princípio da eficiência, agora erigido ao status de garantia constitucional, não se podendo permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo.
2. A despeito do grande número de pedidos feitos ao Ministro da Justiça e dos membros da Comissão de Anistia, seu órgão de assessoramento, serem pro bono, aqueles que se consideram atingidos no período de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, não podem ficar aguardando, indefinidamente, a apreciação do seu pedido, sem expectativa de solução num prazo razoável.
3. Ordem concedida. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 10.792/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/05/2006, DJ 21/08/2006, p. 228).

Não por menos que o Decreto-lei 20.910/1932, revogado pela Lei nº 2.211/1954, dispunha justamente nesse sentido, com vistas a coibir a demora injustificada do titular de direito em promover o andamento do processo administrativo:

Art. 5º Não tem efeito de suspender a prescrição a demora do titular do ou do crédito ou do seu representante em prestar direito os esclarecimentos que lhe forem reclamados ou o fato de não promover o andamento do feito judicial ou do processo administrativo durante os prazos respectivamente estabelecidos para extinção do seu direito à ação ou reclamação.

A demora dos processos viola a própria noção de Direitos Humanos em virtude da violação da garantia da tutela jurisdicional efetiva. No caso do Brasil, tal posição é referendada pelo Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969), que prevê em seu artigo 8, 1:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Para o aludido princípio, faz-se necessário buscar os melhores resultados possíveis, com a maior economia possível de esforços, despesas e tempo. Esse princípio imbrica com o da efetividade do processo, pois para que o processo seja eficiente, é necessário que sua duração seja razoável.

Neste contexto insere-se a prescrição intercorrente, que de acordo com Arruda Alvim (ALVIM, 2018, p. 65), “é aquela relacionada com o desaparecimento da proteção ativa, no curso do processo, ao possível direito material postulado, expressado na pretensão deduzida”. Em outras palavras, é aquela que se verifica pela inércia continuada e ininterrupta no curso do processo por segmento temporal superior àquele em que ocorre a prescrição em dada hipótese.

A prescrição tem como fundamento proporcionar segurança jurídica e a pacificação das relações sociais, com a punição do titular da pretensão no caso de permanecer inerte. Na voz de Antônio Luiz da Câmara Leal (LEAL, 2019, p. 16), tem por objetivo o “interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência”.

Em que pese a denominada prescrição intercorrente constitua, no rigor técnico, uma causa de perda do direito de punir (por isso decadência), a doutrina, a jurisprudência e o próprio legislador adotaram esta denominação para definir tal fenômeno. A impropriamente denominada prescrição administrativa indica o escoamento do prazo para o pronunciamento da Administração sobre as obrigações dos particulares perante o Poder Público. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2004, p. 656), “a prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil”.

É fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial, necessária para punir a negligência do titular de direito e para prestigiar o princípio da segurança jurídica e da duração razoável do processo, que não se coaduna com a eternização de pendências, tanto judiciais, quanto administrativas².

Assim, constituído como garantia individual e fundamental, assegurado como direito de primeira grandeza no texto constitucional, o princípio irradia-se

² Conforme voto proferido pela Ministra Eliana Calmon no REsp 1034191/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 26/05/2008.

sobre todos os âmbitos da Administração Pública, ganhando destaque a redação expressa pela legislação federal acerca da prescrição intercorrente, na forma que será melhor esboçado no tópico abaixo.

2. A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO ÂMBITO FEDERAL

No âmbito do processo administrativo federal encontra-se expressa a Lei nº 9.873, que surgiu em 23 de novembro de 1999 preenchendo um vácuo legislativo. Passou a regular o prazo para prescrição do exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, em órgãos como a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o Banco Central (BACEN) e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), entre muitos outros.

Estipulou-se, consoante disposição do artigo 1º, que é de cinco anos a prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Tratou, em um primeiro momento, da constituição do crédito (lançamento).

Tal dispositivo foi complementado pela Lei 11.941, de 2009, passando a abordar também a prescrição da execução do crédito, discorrendo que uma vez constituído definitivamente o crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal.

Nesta linha, o Superior Tribunal de Justiça há muito pacificou o entendimento, em sede de recurso repetitivo, sobre a aplicabilidade de referida legislação:

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. PRESCRIÇÃO. SUCESSÃO LEGISLATIVA. LEI 9.873/99. PRAZO DECADENCIAL. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E À RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008.

[...] 5. A Lei 9.873/99, no art. 1º, estabeleceu prazo de cinco anos para que a Administração Pública Federal, direta ou indireta, no exercício do Poder de Polícia, apure o cometimento de infração à legislação em vigor, prazo que deve ser contado da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado a infração.

6. Esse dispositivo estabeleceu, em verdade, prazo para a constituição do crédito, e não para a cobrança judicial do crédito inadimplido. Com efeito, a Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, acrescentou o art. 1º-A à Lei 9.873/99, prevendo, expressamente, prazo de cinco anos para a cobrança do crédito decorrente de infração à legislação em vigor, a par do prazo também quinquenal previsto no art. 1º desta Lei para a apuração da infração e constituição do respectivo crédito.

7. Antes da Medida Provisória 1.708, de 30 de junho de 1998, posteriormente convertida na Lei 9.873/99, não existia prazo decadencial para o exercício do poder de polícia por parte da Administração Pública Federal. Assim, a penalidade acaso aplicada sujeitava-se apenas ao prazo prescricional de cinco anos, segundo a jurisprudência desta Corte, em face da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32.

8. A infração em exame foi cometida no ano de 2000, quando já em vigor a Lei 9.873/99, devendo ser aplicado o art. 1º, o qual fixa prazo à Administração Pública Federal para, no exercício do poder de polícia, apurar a infração à legislação em vigor e constituir o crédito decorrente da multa aplicada, o que foi feito, já que o crédito foi inscrito em Dívida Ativa em 18 de outubro de 2000.

9. A partir da constituição definitiva do crédito, ocorrida no próprio ano de 2000, computam-se mais cinco anos para sua cobrança judicial. Esse prazo, portanto, venceu no ano de 2005, mas a execução foi proposta apenas em 21 de maio de 2007, quando já operada a prescrição. Deve, pois, ser mantido o acórdão impugnado, ainda que por fundamentos diversos.

10. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ nº 08/2008.

(REsp 1115078/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 06/04/2010)

Especificamente com relação à prescrição intercorrente, o artigo 1º, §1º da Lei 9.873/1999 foi objetivo e direto, indicando que incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

Fazendo coro com Elody Nassar (NASSAR, 2009, P. 235), surgem então os requisitos cumulativos necessários para sua decretação: a) início do procedimento administrativo pela citação válida do indiciado ou acusado; b) paralisação do feito por mais de três anos;

c) inocorrência de 'ato inequívoco, que importe apuração do fato'; e d) ausência de julgamento ou despacho.

Assim, quando o processo administrativo federal permanece parado por mais de três anos sem qualquer espécie de impulso, ato ou despacho, como por exemplo, na hipótese de esquecimento em algum escaninho de mesa, não há grandes discussões jurídicas, sendo de rigor a extinção do processo em razão da prescrição intercorrente.

Ocorre que a legislação federal não reverberou sobre os demais entes federados, de modo que o diploma normativo em questão é restrito aos processos e procedimentos em trâmite nas repartições federais. Assim assentou o Superior Tribunal de Justiça a respeito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. FEITO EM CURSO NO ENTE DISTRITAL. DECRETO N. 20.910/1932. APLICAÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC” (Enunciado Administrativo n. 3).

2. É firme a orientação desta Corte de que não há previsão legal no Decreto 20.910/1932 acerca de prescrição intercorrente do processo administrativo, regulada apenas na Lei n. 9.873/1999, cujas disposições não são aplicáveis “às ações administrativas punitivas desenvolvidas por Estados e Municípios, em razão da limitação do âmbito espacial da lei ao plano federal” (AgInt no REsp 1.770.878/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 21/2/2019). 3. Hipótese em que o tribunal distrital, embora tenha afastado as disposições da Lei mencionada, pronunciou a prescrição intercorrente com amparo no artigo 9º do Decreto citado.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1665220/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/09/2019, DJe 25/09/2019)

De tal modo, não é possível reconhecer a ocorrência da prescrição trienal com base na Lei Federal nº 9.873/1999 em processos administrativos no âmbito estadual e municipal. Exige lei específica neste sentido, a ser editada por cada ente federativo.

Todavia, o que se verifica na prática é que são escassos os entes federados que colocaram a hipótese de prescrição intercorrente nos seus diplomas que regulamentam o processo administrativo, causando um vácuo normativo que impede a efetivação do princípio da razoável duração do processo. Assim, chega-se ao ponto central deste breve estudo: a ausência de disposição local específica afasta a aplicação do princípio da duração razoável do processo? É sobre este item, em específico, que será estruturado o último tópico.

3. A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO ÂMBITO MUNICIPAL E ESTADUAL

A ausência de disposição específica sobre a prescrição intercorrente nos processos administrativos estaduais e municipais têm viabilizado o prolongamento não razoável de procedimentos, têm maculado a efetividade da administração pública e, igualmente, concretizam a insegurança jurídica no jurisdicionado. De certo, a inércia do legislador não jamais pode ter o condão de afastar a garantia do 5º, LXXVIII da Constituição.

A omissão legislativa não pode significar uma autorização para os Estados e Municípios promoverem “a apuração de infrações à legislação consumerista sem

qualquer restrição temporal, muito menos servir de escusa para perdoar a flagrante morosidade do exercício do poder de polícia.”³ Em que pese o acórdão em referência destine-se a verificação da questão consumerista, o raciocínio amplia-se também na execução de outras penalidades e sanções promovidas pelos poderes locais.

Os processos administrativos devem respeito à Constituição Federal, que assegura ao cidadão a razoável duração do processo. Não se pode, pois, ignorar a força normativa da Constituição e, principalmente, a eficácia plena do princípio da razoável duração do processo administrativo, direito fundamental insculpido expressamente no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República.

Quanto ao tempo necessário para a consumação da prescrição intercorrente nas ações administrativas punitivas, melhor se afigura a aplicação do prazo quinquenal estabelecido no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, por se tratar de reconhecido prazo geral para as relações de direito público.

É a exata interpretação que o Superior Tribunal de Justiça dá ao tema, consoante julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ADICIONAL NOTURNO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INAPLICABILIDADE. DECRETO Nº 20.910/32. PRESCRIÇÃO

QUINQUENAL. APLICABILIDADE.

1. “Nas relações de direito público, o prazo prescricional quinquenal do Decreto 20.910/32 deve ser aplicado a todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for sua natureza.” (AgRgREsp nº 971.616/AC, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 3/3/2008).

2. O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, prevê que todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda, seja ela federal, estadual ou municipal, prescreve em cinco anos a contar da data do ato ou fato do qual se originou.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1028433/AC, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 04/08/2008)

Não pode prevalecer o entendimento de que sem expressa e específica previsão legal não se pode aplicar aos processos administrativos a prescrição intercorrente, tanto porque isso viola diretamente a Constituição Federal (art. 5º, caput e inciso LV).

Conforme elucidou a Ministra Eliana Calmon no julgamento do Recurso Especial nº 1.034.191/RJ, a prescrição intercorrente é prestigia o princípio da segurança

³ Acórdão do Processo 0000328-38.2016.8.16.0004, oriundo do TJPR. Disponível em: < <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/836065769/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-apelacao-apl-3283820168160004-pr-0000328-3820168160004-acordao/inteiro-teor-836065777?ref=serp>>.

jurídica e da duração razoável do processo, princípios estes que são diretos e autoaplicáveis, prescindindo de regulação infra-constitucional para a sua aplicabilidade:

(...) resultante de construção doutrinária e jurisprudencial para punir a negligência do titular de direito e também para prestigiar o princípio da segurança jurídica, que não se coaduna com a eternização de pendências administrativas ou judiciais. Assim, quando determinado processo administrativo ou judicial fica paralisado por um tempo longo, por desídia da Fazenda Pública, embora interrompido ou suspenso o prazo prescricional, este começa a fluir novamente. Portanto, a prescrição intercorrente pressupõe a preexistência de processo administrativo ou judicial, cujo prazo prescricional havia sido interrompido pela citação ou pelo despacho que ordenar a citação, conforme inciso I, do parágrafo único do art. 174 do CTN, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 118, de 9-2-2005. Portanto, a prescrição intercorrente é aquela que diz respeito ao reinício da contagem do prazo extintivo após ter sido interrompido. (REsp 1034191/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 26/05/2008)

A razoável duração do processo é um direito fundamental expresso, que corresponde aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (Poder Constituinte), que seriam dignos de uma proteção normativa privilegiada. Como destaca George Marmelstein (MARMELSTEIN, 2019, p. 15), “a rigidez constitucional funciona, nesse sentido, como uma técnica capaz de impedir ou pelo menos dificultar a adoção de medidas legislativas que possam aniquilar a dignidade de grupos sociais que não possuam força política suficiente para vencer no jogo democrático.”

Possuem aplicação imediata, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição de 88, e, portanto, “não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis”⁴. Exatamente essa é atual posição do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na voz do Desembargador Carlos Mansur Arruda, consoante ementa abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA PELO PROCON-PR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. APLICAÇÃO DA LEI 9.873/99 AFASTADA EM RAZÃO DA LIMITAÇÃO DO ÂMBITO ESPACIAL AO PLANO FEDERAL. RECURSO REPETITIVO RESP 1115078/RS. INOCORRÊNCIA DE PARALISAÇÃO ININTERRUPTA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR TEMPO IGUAL OU SUPERIOR A CINCO ANOS (ART. 5º LXXVIII DA CRFB C/C DECRETO-LEI Nº 20.910/1932). PRESCRIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. SENTENÇA REFORMADA. POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO, NESTA INSTÂNCIA, DO JULGAMENTO DE MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS

⁴ MALMERSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo SP: Atlas, 2019, p.24-25.

PROVAS A PRODUZIR. ART. 1.013, § 4º, CPC. MULTA APLICADA PELO PROCON PARANÁ. DESPROPORCIONALIDADE DO VALOR DA PENALIDADE. RECURSO PROVIDO. MÉRITO ESOLVIDO COM O ACOLHIMENTO PARCIAL DO PEDIDO INICIAL. (TJPR - 5ª C. Cível - 0001509-40.2017.8.16.0004 - Curitiba - Rel.: Carlos Mansur Arida - J. 23.10.2018)

De tal maneira, ainda que de forma incipiente, já figuram no Poder Judiciário nacional exemplos de decisões que atentam às garantias maiores dos jurisdicionados, como a duração razoável do processo. A tese de não aplicação da Lei n. 9.873/1999 aos processos administrativos punitivos estaduais e municipais, em razão da limitação da incidência da referida lei à Administração Pública Federal, direta ou indireta, no exercício de poder de polícia, não significa autorizar o arbítrio.

Tais processos, quando não houver disposição legal específica, estão sim sujeitos ao prazo prescricional, ainda que de forma quinquenal conforme previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. O Superior Tribunal de Justiça, desta forma, necessita repensar a posição “conduzia no REsp n. 1.115.078/RS, apreciado sob o rito dos recursos repetitivos, de relatoria do Ministro Castro Meira, e vinculado aos Temas ns. 324 a 331.”⁵

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A duração razoável do processo, na forma do artigo 5º, §1º da Constituição, não precisa de regulamentação para ser efetivada, pois é diretamente vinculante e plenamente exigível. Assim, mesmo que as disposições da Lei Federal nº 9.873/1999, no tocante à prescrição intercorrente (artigo 1º, §1º), não sejam aplicáveis aos processos administrativos estaduais e municipais, o preceito fundamental não resta afastado.

O que se constata é que muitos entes federativos se omitem a respeito da prescrição intercorrente em seus regulamentos (muitas vezes, de forma intencional) a fim dificultar, postergar ou mesmo inibir a aplicação do princípio da razoável duração do processo.

Por isso é pernicioso perceber que alguns tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça (no caso do REsp 1.115.078/RS, julgado como recurso repetitivo), profiram julgamentos com uma interpretação que permita que processos parados por muitos anos na esfera administrativa ganhem vida, ressuscitem e venham a aplicar penalidades aos jurisdicionados.

A segurança jurídica, a efetividade e a duração razoável do processo são elementos estruturais do Estado Democrático de Direito, não podendo ser condicionados à existência de regulamentação local. Pensar assim é inverter a noção elementar de Supremacia da Constituição.

⁵ Acórdão do REsp 1.740.448/PR.

A tese da não aplicação da Lei n. 9.873/1999 aos processos administrativos punitivos estaduais e municipais, em razão da limitação da incidência da referida lei à Administração Pública Federal, direta ou indireta, no exercício de poder de polícia, não significa autorizar o arbítrio.

Por isso, felizmente, a exemplo do Estado do Paraná, já surgem casos concretos que evidenciam uma mudança nesse pensamento absolutamente ultrapassado. No mínimo, frente a ausência de norma expressa, deve-se aplicar o prazo quinquenal estabelecido no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, por se tratar de reconhecido prazo geral para as relações de direito público.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. *Prescrição no Código Civil uma análise interdisciplinar*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018;
- BRASIL. LEI No 9.873, DE 23 DE NOVEMBRO DE 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19873.htm. Acesso em 03 mar. 2020;
- BRASIL. DECRETO Nº 20.910, DE 6 DE JANEIRO DE 1932. Regula a prescrição quinquenal. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm. Acesso em 03 mar. 2020;
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 mar. 2020;
- BRASIL. DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 03 mar. 2020;
- BUENO, Scarpinella, C. *Manual de direito processual civil: volume único*. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001;
- LEAL. Antônio Luiz Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Editora Forense, 2019;
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2019;
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª edição, São Paulo Malheiros, 2004;
- NASSAR. Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009;

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 10.792/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/05/2006, DJ 21/08/2006. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 03 mar. 2020;

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1115078/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 06/04/2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 03 mar. 2020;

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no REsp 1665220/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/09/2019, DJe 25/09/2019. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 03 mar. 2020;

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1028433/AC, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 04/08/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 03 mar. 2020;

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1034191/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 26/05/2008. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 03 mar. 2020;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. 5ª C. Cível - 0001509-40.2017.8.16.0004 - Curitiba - Rel.: Carlos Mansur Arida - J. 23.10.2018. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em 03 mar. 2020.

TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: CONSEQUÊNCIAS E ASPECTOS RELEVANTES

Transposition of public positions: consequences and relevant aspects

Tatiane Ribeiro Melo¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Transposição de cargos públicos: conceito e distinções. 2. Recusa de aplicação administrativa de lei que estabeleça transposição de cargos públicos. 3. As consequências do ato de transposição de cargos públicos para seus titulares. 4. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo expor as formas de ingresso no serviço público e analisar as consequências decorrentes do advento de lei que, ao reestruturar o plano de cargos, carreiras e remuneração do quadro de pessoal do serviço público, promove a transposição de cargos públicos, conferindo ao novo cargo atribuições diversas das estabelecidas ao primeiro. Considerando a presunção de constitucionalidade das leis e o dever do administrador público de observá-las, é relevante analisar a possibilidade de recusa de aplicação de lei que preveja essa transformação. Além disso, é de crucial importância averiguar as consequências dessa lei para o servidor público. Para desenvolver o presente estudo, foi adotada a técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como base livros, publicações em revistas e análise jurisprudencial.

Palavras-chaves: transposição de cargos públicos, servidor público, presunção de constitucionalidade das leis e segurança jurídica.

ABSTRACT: The purpose of this article is to explain the forms of entry into the public service and to analyze the consequences resulting from the enactment of a law which promotes the transposition of public positions by restructuring the plan for posts, careers and remuneration of the staff of the public service, and gives to the new position assignments which are different from those established to the first one. Considering the presumption of constitutionality of the laws and the duty of the public administrator to observe them, it is relevant to analyze the possibility of refusing to apply the law which provides for this transformation. In addition, it is crucial to ascertain the consequences of this law for the civil servant. To develop the present study, the bibliographic research technique was adopted, based on books, publications in magazines and jurisprudential analysis

Keywords: transposition of public offices, public server, presumption of constitutionality of laws and legal certainty.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê que, em regra, o ingresso no serviço público ocorre através de aprovação em concurso público e que os cargos públicos devem ser criados por lei.

¹ Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Graduada em Direito pela Universidade Candido Mendes. Procuradora na Procuradoria-Geral da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Ocorre que, por vezes, uma lei que reestrutura plano de cargos, carreira e remuneração de servidores públicos transforma um cargo em outro com atribuições diversas.

A questão é estabelecer o tratamento a ser dispensado à lei que promove a irregular transposição de cargos públicos, se é possível a recusa de sua aplicação pelo administrador público ou se este, em razão do princípio da legalidade, não poderia assim proceder.

Vale ressaltar que esse exame perpassa pelo avanço democrático da Constituição Federal de 1988, que ampliou o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Além disso, pretende-se analisar o tratamento que o Poder Judiciário está conferindo ao tema, notadamente em razão dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, bem como da teoria do fato consumado.

Por fim e não menos importante, objetiva-se examinar os efeitos decorrentes de uma eventual declaração de inconstitucionalidade de lei que prevê irregular transposição de cargos públicos em relação ao servidor público, sendo necessário averiguar a relevância de sua boa-fé e a natureza jurídica da verba remuneratória, a fim de verificar a possibilidade de se exigir a devolução da diferença remuneratória por ele auferida.

O presente trabalho é fruto de elaborada pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista seu caráter teórico, e tem por objetivo minimizar as celeumas que circundam o tema e auxiliar os operadores do direito, notadamente os administradores públicos na tomada de decisões que guardem pertinência com as questões propostas.

1. TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: CONCEITO E DISTINÇÕES

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura o livre acesso aos cargos públicos, que ocorre, em regra, mediante aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (artigo 37, inciso II).

A exigência de concurso público abrange tanto a Administração Direta, quanto a Administração Indireta, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que são pessoas jurídicas de direito privado, devendo ser precedido de edital a ser publicado com antecedência mínima necessária para que todos os interessados tenham possibilidade de tomar conhecimento do certame.

Essa garantia atende aos princípios da impessoalidade e da igualdade, tendo em vista que dispensa tratamento isonômico a todos os participantes.

O ingresso no serviço público também pode ocorrer de forma excepcional por meio de nomeação em cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, exclusivamente para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, como também pela realização de contratação temporária, cujos requisitos constitucionais são: temporariedade da

contratação, necessidade temporária, excepcional interesse público, prévia criação de lei pelo ente federativo.

Por temporariedade da contratação, compreende-se que os contratos celebrados com esses agentes devem ter prazo determinado. Já a necessidade temporária significa que a carência no serviço público não está relacionada com o exercício de funções ordinárias e permanentes, tendo por pressuposto, portanto, a transitoriedade. Além disso, a necessidade a ser atendida deve ter duração determinada e identificável no tempo.

Quanto ao excepcional interesse público, conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de “imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, necessidade temporária), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar”².

Não obstante a contratação temporária não exigir prévia realização de concurso público, é necessário que sejam observados critérios objetivos e impessoais, bem como a realização de processo seletivo simplificado, tendo em vista o princípio da impessoalidade.

Vale destacar que a Constituição Federal prevê outras hipóteses em que é dispensada a realização de concurso público, tais como o provimento em funções de confiança (art. 37, incisos II e V), a investidura dos integrantes do quinto constitucional nos Tribunais Judiciários (art. 94), a investidura dos membros dos Tribunais de Contas (art. 73, §§1º e 2º), a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único), do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111, §2º), do Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, II), do Superior Tribunal Militar (art. 123), e dos juízes do Tribunal Regional Eleitoral (art. 120, III).

No tocante à criação de cargos públicos, é importante ressaltar que presuppõe a existência de lei de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, conforme disposto no artigo 61, §1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal. Trata-se do princípio constitucional da reserva de administração.

Logo, não se admite a ingerência dos demais Poderes, de forma que a sanção do Chefe do Executivo ao projeto de lei iniciado pelo Poder Legislativo não supre o vício de inconstitucionalidade formal relativo à iniciativa de lei (vício formal subjetivo)³.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 263.

³ Ação Direta de Inconstitucionalidade – Promoção de Praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros – Regime jurídico dos servidores públicos – Processo Legislativo – Instauração dependente de iniciativa constitucionalmente reservada ao Chefe do Poder Executivo – Diploma legislativo estadual que resultou de iniciativa parlamentar – Usurpação do Poder de Iniciativa – Sanção tácita do projeto de lei – Irrelevância – Insubsistência da Súmula nº 5/STF – Inconstitucionalidade formal – Eficácia repressinatória da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle normativo abstrato – Ação Direta julgada procedente. Os princípios que regem o processo

Ocorre que, por vezes, a Administração Pública altera a estrutura de órgãos, criando novos cargos sem previsão legal, o que afronta o ordenamento jurídico.

De acordo com o ilustre doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, a reorganização administrativa deve contar com limites, de modo que o administrador não altere profundamente a estrutura funcional do órgão ao ponto de gerar desfiguração. Ressalta que sem a existência de lei formal “não pode um ato administrativo mudar atribuições dos cargos para os quais seus titulares se habilitaram por concurso: isso refletiria desvio de finalidade e, indiretamente, retrataria transformação do cargo”⁴.

Quanto à atividade legislativa, é vedado ao legislador, no intuito de reestruturar plano de cargos, carreiras e remuneração de quadro de pessoal de servidores públicos, transportar determinados cargos com seus titulares para outra carreira ou transformar cargo anterior em um novo, com atribuições diversas das do primeiro.

Trata-se da chamada transformação ou transposição de cargos públicos, que parece ser apenas uma reestruturação administrativa, quando, na verdade, corresponde a um novo provimento de cargo público efetivo com dispensa de realização de concurso específico, o que é inconstitucional.

Isso porque a Constituição Federal, no inciso II do artigo 37, prevê que a regra é o ingresso no serviço público por meio de aprovação em concurso público. Logo, é proibida a transformação de cargos ou ascensão vertical, de maneira que para exercer cargo diverso daquele em que foi admitido por concurso público, o servidor deverá submeter-se à realização de outro concurso.

Tal proibição está fundamentada nos princípios da isonomia e da impessoalidade, não podendo o funcionário ser beneficiado em detrimento dos demais cidadãos que possuem interesse em assumir um cargo público.

Desta forma, a exigência de concurso público não se refere apenas à primeira investidura, alcançando também os provimentos derivados⁵. Entendimento em sentido contrário permitiria o acesso a cargo distinto mediante mera seleção interna.

Nesse sentido, o enunciado nº 685 da Súmula do STF, segundo o qual: “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

Em contrapartida, é possível a transposição do servidor para cargo de mesma natureza, em um novo sistema de classificação de cargos, mas mantidas as atribuições

legislativo impõem-se a observância dos Estados-Membros (...). (STF ADI 2867. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello – Julgado em 03/12/2003).

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 28. ed. rev., atual. Até 31-12-2014 – São Paulo: Atlas, 2015, p. 638.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

e demais requisitos exigidos no concurso público por ele prestado. Trata-se do reenquadramento.

É lícito que a Administração Pública, por meio de lei, reorganize seu quadro de pessoal. Isso porque sua estrutura não é estanque, devendo o administrador público proceder às alterações necessárias no aparelho estatal a fim de melhor realizar suas atividades, as quais são de interesse público.

Sobre o tema, as palavras de Cristiana Fortini⁶, *verbis*:

Ademais, não há como ignorar que a estrutura da administração pública não é estanque. O aumento de velhas demandas e o surgimento de novas fazem com que o interesse público seja volátil. Cabe ao agente público atentar para tais circunstâncias, adotando as medidas imperiosas, sob pena de destruir a baliza sobre a qual se assenta o direito administrativo, qual seja, o princípio da indisponibilidade do interesse público. Impõe-se ao administrador, com apoio do legislador, atentar para as alterações que se fazem imperiosas, ajustando o aparelho estatal de forma a extrair o máximo proveito da mão de obra ali situada.

Não é demais lembrar que a matéria guarda pertinência com o princípio da eficiência, que está previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição da República⁷, devendo ser entendido como dever de “boa administração”, o que abrange produtividade e adequação técnica para que sejam alcançados os melhores resultados.

Situação distinta é a que ocorre no aproveitamento. Em havendo extinção de cargos ocupados por integrantes de duas carreiras semelhantes, tais servidores, caso sejam estáveis, terão direito à disponibilidade remunerada, até que sejam aproveitados em outro cargo, conforme disposto no art. 41, §3º, da Constituição Federal. Com a extinção dos cargos, cria-se nova carreira que absorve as anteriores, sendo os servidores aproveitados nos novos cargos.

Conforme explicam Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Fabrício Motta e Luciano de Araújo Ferraz, a unificação de determinadas carreiras costuma acontecer quando há semelhanças entre elas e “nessas situações, a lei respectiva visa apenas racionalizar uma simbiose gradativa que vem ocorrendo, de fato, ao longo do tempo”⁸.

⁶ FORTINI, Cristiana (Org.). *Servidor Público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 269.

⁷ Artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (Redação dada pela EC 19/98).

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Servidores Públicos na Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 78.

O Supremo Tribunal Federal já proferiu diversas decisões nesse sentido, como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.713/DF, julgada em 12/12/2002, cuja relatora foi a Ministra Ellen Gracie⁹.

Insta salientar que a reorganização administrativa independe da anuência do titular do cargo público, uma vez que o servidor não tem direito adquirido a regime jurídico, considerando que não há imutabilidade de suas atribuições e tampouco direito à continuidade de suas funções originárias.

Todavia, as alterações devem observar a natureza da função desempenhada, sem prejuízo do valor da remuneração¹⁰, valendo ressaltar que, enquanto subsistir o cargo, seu titular faz *jus* ao exercício nas condições previstas no respectivo estatuto¹¹.

A reestruturação administrativa não se confunde com o chamado desvio de função, que é caracterizado pelo irregular exercício de funções atinentes a outro cargo. Neste caso, o servidor faz *jus* a perceber a remuneração correspondente ao cargo para o qual foi desviado, mas não será reenquadrado, pois isso caracterizaria violação à regra do concurso público¹².

Desta forma, é importante a distinção entre transposição de cargo público e transposição de servidor público para cargo que possui as mesmas características do cargo no qual se deu o provimento originário.

Vale destacar que a Administração deve se limitar a agrupar numa mesma denominação cargos cujas atribuições, remuneração, requisitos de escolaridade ou habilitação profissional exigidos para ingresso sejam os mesmos ou essencialmente semelhantes.

⁹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11 E PARÁGRAFOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 43, DE 25.06.2002, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.549, DE 13.11.2002. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM CARGOS DE ADVOGADO DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131, CAPUT; 62, § 1º, III; 37, II E 131, § 2º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Preliminar de ilegitimidade ativa “ad causam” afastada por tratar-se a Associação requerente de uma entidade representativa de uma categoria cujas atribuições receberam um tratamento constitucional específico, elevadas à qualidade de essenciais à Justiça. Precedentes: ADI nº 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI nº 809, Rel. Min. Marco Aurélio. Presente, de igual modo, o requisito da pertinência temática, porquanto claramente perceptível a direta repercussão da norma impugnada no campo de interesse dos associados representados pela autora, dada a previsão de ampliação do Quadro a que pertencem e dos efeitos daí decorrentes. Não encontra guarida, na doutrina e na jurisprudência, a pretensão da requerente de violação ao art. 131, caput da Carta Magna, uma vez que os preceitos impugnados não afrontam a reserva de lei complementar exigida no disciplinamento da organização e do funcionamento da Advocacia-Geral da União. Precedente: ADI nº 449, Rel. Min. Carlos Velloso. Rejeição, ademais, da alegação de violação ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II e 131, § 2º). É que a análise do regime normativo das carreiras da AGU em exame aponta para uma racionalização, no âmbito da AGU, do desempenho de seu papel constitucional por meio de uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso. Precedente: ADI nº 1.591, Rel. Min. Octavio Gallotti. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

¹⁰ MADEIRA, José Maria Pinheiro. Servidor público na atualidade, 8ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p 75.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 520.

¹² MADEIRA, op.cit, p. 76-77.

Todavia, a experiência demonstra que não é incomum que um projeto de lei que contenha a inconstitucional transposição de cargos públicos seja aprovado pela Casa Legislativa e sancionado pelo Chefe do Executivo, entrando em vigor com tal vício e, por consequência, vinculando seus respectivos destinatários.

A questão é saber se tal norma jurídica deve ser necessariamente observada pela Administração Pública ou se sua aplicação pode ser afastada sem prévia declaração judicial de inconstitucionalidade.

2. RECUSA DE APLICAÇÃO ADMINISTRATIVA DE LEI QUE ESTABELEÇA TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

A Constituição Federal ocupa grau máximo na hierarquia normativa. É a lei suprema do Estado, pois nela está prevista sua estruturação, a organização de seus órgãos e suas normas fundamentais.

Da supremacia da constituição resulta o princípio da compatibilidade vertical das normas jurídicas, de maneira que as normas de grau inferior somente são consideradas válidas se compatíveis com a de grau superior, que é a Constituição.

De acordo com José Afonso da Silva, no dizer de Pinto Ferreira, o princípio da supremacia da constituição “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”.¹³

Fato é que as leis nascem com presunção de constitucionalidade e mantêm essa qualidade até que porventura sejam declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Neste ponto, impende ressaltar que a interpretação constitucional é atividade desenvolvida pelos três Poderes e que, embora se tenha reservado ao Judiciário o papel de intérprete último e qualificado das normas constitucionais, ele não é o dono da Constituição, de modo que o sentido e o alcance das normas constitucionais são estabelecidos pela interação com os outros Poderes e com a sociedade.

É este o brilhante ensinamento do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso¹⁴, *verbis*:

Merece registro incidental, antes de encerrar o presente trabalho, fenômeno conhecido como *diálogo constitucional* ou *diálogo institucional*. Embora a corte constitucional ou corte suprema seja o intérprete final da Constituição em cada caso, três situações dignas de nota podem subverter ou atenuar esta circunstância, a saber: a) a interpretação da Corte pode ser superada por ato do Parlamento ou do Congresso, normalmente mediante emenda

¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 24-51.

constitucional; b) a Corte pode devolver a matéria ao Legislativo, fixando um prazo para a deliberação ou c) a Corte pode conclamar o Legislativo a atuar, o chamado ‘apelo ao legislador’.

Sendo assim, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário se encontram em plano de igualdade, de maneira que os atos de cada Poder nascem dotados de presunção de validade.

Na verdade, a chamada “separação de poderes” é decorrente de uma divisão funcional do poder político que tem por base a descentralização no plano horizontal e leva em conta a repartição do exercício do poder político entre órgãos públicos distintos. Essa divisão é feita em conformidade com as funções do Estado legislativa, administrativa e judicial e constitui cláusula pétrea (artigo 60, §4º, inciso III, da Constituição Federal).

Ademais, o federalismo brasileiro conta com o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), segundo o qual há um controle recíproco entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário a fim de impedir eventuais excessos, garantindo-se o equilíbrio constitucional.

Nesse contexto, vale ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma é atividade que deve ser exercida com autolimitação pelo Judiciário (*judicial self-restraint*), por conta da deferência que deve ter em relação aos demais Poderes, especialmente em se tratando de ato emanado de um Poder cuja atividade precípua é legislar.

Acerca da possibilidade de não aplicação de uma lei pelo Chefe do Executivo sob o fundamento de inconstitucionalidade, primeiramente, cumpre observar que antes do advento da Constituição Federal de 1988 era majoritário o entendimento pela possibilidade de recusa motivada¹⁵. Os fundamentos dessa posição se baseavam na supremacia da Constituição e na obrigação de todos os Poderes de respeitá-la.

Sob a égide constitucional anterior, apenas o Procurador-Geral da República possuía legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no entanto, dentro do seu inequívoco intuito democrático, atribuiu ampla legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

Além do Procurador-Geral da República, o rol de legitimados foi composto pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados, pela Mesa de Assembleia Legislativa, pelos Governadores de Estado, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de Constitucionalidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 134, abr./jun. 1997, p. 18.

Com a previsão de legitimidade ativa do Chefe do Executivo, a questão relacionada à recusa da aplicação de lei por inconstitucionalidade passou a ser reanalisada. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes¹⁶ afirmou:

É certo que a questão perdeu muito do seu apelo em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, no plano estadual e federal, o direito de instaurar o controle abstrato de normas. A possibilidade de se requerer liminar que suspende imediatamente o diploma questionado reforça ainda mais esse entendimento. Portanto, a justificativa que embasava aquela orientação de enfrentamento ou quase desforço perdeu a razão de ser na maioria dos casos.

Na Medida Cautelar na ADI nº 221, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, julgada em 29/03/1990, portanto, após o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal se manifestou pela possibilidade de recusa de aplicação de lei inconstitucional pelo Poder Executivo. Senão, vejamos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA. REVOGAÇÃO. PEDIDO DE LIMINAR. - POR SER A MEDIDA PROVISÓRIA ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI, NÃO É ADMISSÍVEL SEJA RETIRADA DO CONGRESSO NACIONAL A QUE FOI REMETIDA PARA O EFEITO DE SER, OU NÃO, CONVERTIDA EM LEI. - EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, NÃO SE ADMITE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU DE ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POR LEI OU POR ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POSTERIORES. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI OU DOS ATOS NORMATIVOS É DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO. OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO, POR SUA CHEFIA - E ISSO MESMO TEM SIDO QUESTIONADO COM O ALARGAMENTO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -, PODEM TÃO-SÓ DETERMINAR AOS SEUS ÓRGÃOS SUBORDINADOS QUE DEIXEM DE APLICAR ADMINISTRATIVAMENTE AS LEIS OU ATOS COM FORÇA DE LEI QUE CONSIDEREM INCONSTITUCIONAIS. - A MEDIDA PROVISÓRIA N. 175, POREM, PODE SER INTERPRETADA (INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO) COMO AB-ROGATÓRIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS N.S. 153 E 156. SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS DO DIREITO BRASILEIRO. - REJEIÇÃO, EM FACE DESSE SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO, DA PRELIMINAR DE QUE A PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTÁ PREJUDICADA, POIS AS MEDIDAS PROVISÓRIAS N.S. 153 E 156, NESTE MOMENTO, SÓ ESTÃO SUSPENSAS PELA AB-ROGAÇÃO SOB CON-

¹⁶ Ibid., p. 18.

DIÇÃO RESOLUTIVA, AB-ROGAÇÃO QUE SÓ SE TORNARA DEFINITIVA SE A MEDIDA PROVISORIA N. 175 VIER A SER CONVERTIDA EM LEI. E ESSA SUSPENSÃO, PORTANTO, NÃO IMPEDE QUE AS MEDIDAS PROVISORIAS SUSPENSAS SE REVIGOREM, NO CASO DE NÃO CONVERSAO DA AB-ROGANTE. - O QUE ESTA PREJUDICADO, NESTE MOMENTO EM QUE A AB-ROGAÇÃO ESTA EM VIGOR, E O PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR, CERTO COMO E QUE ESSA CONCESSÃO SÓ TEM EFICACIA DE SUSPENDER “EX NUNC” A LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO. E, EVIDENTEMENTE, NÃO HÁ QUE SE EXAMINAR, NESTE INSTANTE, A SUSPENSÃO DO QUE JA ESTA SUSPENSO PELA AB-ROGAÇÃO DECORRENTE DE OUTRA MEDIDA PROVISORIA EM VIGOR. PEDIDO DE LIMINAR JULGADO PREJUDICADO “SI ET IN QUANTUM”. (Grifei.)

Vale trazer à baila as palavras de Gustavo Binbenojm: “reafirmo aqui a possibilidade de repúdio à lei havida por inconstitucional pelo Poder executivo (bem como pelos demais poderes, quando no exercício de funções administrativas), independentemente de qualquer pronunciamento judicial prévio”¹⁷.

Ressalta-se o ônus político da decisão da autoridade máxima do Executivo que deixa de aplicar uma lei, observando que eventual ausência de endosso pelo Supremo Tribunal Federal a tal recusa, eventualmente, pode gerar a condenação do Estado a indenizar os prejudicados. Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁸ faz o seguinte alerta:

O descumprimento ou a não aplicação da lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, antes que o vício haja sido pronunciado pelo órgão competente, sujeita a vontade insubmissa às sanções prescritas pelo ordenamento. Antes da decisão judicial, quem subtrair-se à lei o fará por sua conta e risco

Também merece ser mencionado o fato de que o descumprimento de norma reputada inconstitucional é medida que se coloca em tensão com princípio da separação de poderes, pois se tem na verdade uma decisão administrativa que se sobrepõe à decisão do órgão legiferante. Logo, faz-se necessário parcimônia e cautela, além da adoção de critérios para assim proceder.

São dignos de registro os parâmetros apontados pela Conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Dr^a Mariana Montebello Willeman¹⁹:

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 174.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 6^a ed. São Paulo, Saraiva, 2004, pag. 178.

¹⁹ WILLEMAN, Mariana Montebello. Controle de Constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, nº 30, jun./jul./ago. de 2012.

Assim, um primeiro parâmetro importante a balizar a atuação administrativa *contra legem* – mas segundo a Constituição – reside na afirmação dos direitos fundamentais. Com efeito, diante de leis violadoras de direitos fundamentais, impõe-se à Administração o dever de negar-lhes aplicação, dando preferência à Constituição, de forma que as normas sobre direitos fundamentais aplicam-se contra a lei e em seu lugar.

Igualmente, em se tratando de legislação violadora dos princípios expressos na CRFB – de vinculação direta e imediata da Administração Pública – impõem-se tranquilamente a atuação *contra legem*, devendo os órgãos administrativos desaplicar tais leis e pautar sua atuação por uma normatividade que reverencie os princípios reitores da Administração.

Por fim, também a lei que vulnere os fundamentos da República Federativa do Brasil ou seus objetivos (artigos 1º e 3º, respectivamente, da CFBR) deve ter sua execução recusada pela Administração Pública.

(...)

Por sua vez, em hipóteses diversas daquelas a que se aludiu anteriormente, entende-se que a Administração Pública somente poderá afastar-se da aplicação da lei por considera-la inconstitucional (i) se houver contrariedade flagrante e manifesta a dispositivo constitucional ou (ii) se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já tiver consolidado, em hipóteses semelhantes, tese no sentido da inconstitucionalidade da normatividade versada na lei, com reiterados precedentes firmando posição exegética contrária à sua validade.

Desta forma, não obstante a observância obrigatória da legalidade (art. 37, CFBR/88), a atuação do Chefe do Executivo deve guardar consonância com a juridicidade e a eventual recusa de aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade deve observar parâmetros, como os expostos acima.

Destaca-se que somente o Chefe do Executivo tem atribuição para negar a aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade²⁰ - ato que deve ser publicado em diário oficial para fins de transparência e segurança jurídica -, de modo que entidades da Administração Indireta em geral, apesar de possuírem personalidade jurídica própria, podem apenas constatar a inconstitucionalidade, via de regra por meio de suas Procuradorias ou Assessorias Jurídicas, e comunicá-la à Chefia do Executivo a fim de que decida sobre recusa ou aplicação da respectiva lei ou, até mesmo, para que proponha ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal ou representação de inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça.

²⁰ No Parecer nº 01/2011 - ARC, prolatado em 25/08/2011, o ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro, André Rodrigues Cyrino, afirmou se tratar de ônus do Governador do Estado, por razões de responsabilidade política, de gestão administrativa e de manutenção de um ambiente de segurança jurídica, tendo afirmado também a interpretação da Lei Complementar nº 15/1980, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e da Constituição Federal.

Em se tratando de lei que disponha sobre transformação de cargo público, é evidente a violação direta à Constituição Federal, que estabelece o ingresso no serviço público, em regra, por concurso público, o que atende ao princípio da impessoalidade.

Sendo assim, considerando que há violação frontal a princípios constitucionais, deve o Chefe do Executivo recusar a aplicação de lei que estabeleça transformação de cargo público e, a fim de garantir maior segurança jurídica, é aconselhável a propositura de ação direta de inconstitucionalidade ou de representação de inconstitucionalidade.

3. AS CONSEQUÊNCIAS DO ATO DE TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS PARA SEUS TITULARES

Conforme já exposto, a lei que promove transposição de cargo público padece de vício de inconstitucionalidade material por violar a regra do concurso público. Ocorre que, muitas vezes, há considerável mora na tomada de decisão administrativa para afastar a aplicação dessa lei ou na propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ou representação de inconstitucionalidade), casos em que a situação funcional dos servidores já está estabelecida pelo decurso do tempo.

Em algumas situações, a transposição de cargo só é constatada no ato da aposentadoria do servidor na análise que o Tribunal de Contas realiza no exercício do controle externo, nos moldes do artigo 71, III, da Constituição Federal²¹.

Como sabido, os atos de aposentadoria são registrados se estiverem em conformidade com a legislação, respeitados os princípios e procedimentos administrativos para sua consecução. Consoante com o entendimento do Supremo Tribunal Federal²², o ato de aposentadoria possui natureza jurídica de ato complexo formado pela manifestação de vontade do órgão administrativo acrescida da vontade do Tribunal de Contas.

Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal criou a súmula vinculante nº 3, segundo a qual “nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

²¹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.861, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Data de julgamento: 17 de outubro de 1997.

Fato é que o decurso do tempo enseja discussões relativas à segurança jurídica e à boa-fé do administrado.

Neste contexto, é importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro prestigia a segurança jurídica, de maneira a evitar que as discussões se protraiam no tempo fazendo que as situações jurídicas permaneçam instáveis.

O princípio da segurança jurídica compreende dois sentidos: o sentido objetivo, que se refere à estabilização do ordenamento jurídico (certeza do direito), e o sentido subjetivo, relativo à proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas e atos estatais²³.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, com fulcro na segurança jurídica, já proferiram decisões convalidando atos de nomeação de agentes públicos que não foram precedidos de concurso público, quando ultrapassado longo período de tempo²⁴.

Todavia, não se pode perder de vista que decisões como essa são excepcionais, considerando a necessidade de observância das normas constitucionais, o que decorre do princípio da supremacia da Constituição.

De acordo com esse princípio, a Constituição veicula normas jurídicas de máxima hierarquia no sistema do Direito Positivo, figurando como fundamento de validade de todo ordenamento normativo²⁵.

Ocorre que em razão do decurso do tempo no exercício das funções em cargo que foi objeto de transposição, é comum que o servidor argumente a aplicação da teoria do fato consumado, segundo a qual as situações jurídicas consolidadas não devem ser desconstituídas em razão do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais.

São hipóteses em que a manutenção do ato, embora viciado, atenderá mais ao interesse público do que sua invalidação, considerando que o ordenamento jurídico elegeu a segurança jurídica à qualidade de princípio, o qual, como sabido, é um vetor de interpretação a ser utilizado pelos operadores do direito.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho²⁶ nos ensina que:

²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p. 54.

²⁴ RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE 20 ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI 9.784/99, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO (...). (STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25652/PB. 5ª Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em: 16/09/2008.

²⁵ Kelsen, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 120.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 28. ed. rev., atual. Até 31-12-2014 – São Paulo: Atlas, 2015, p. 38.

É certo que a jurisprudência aponta alguns casos em que foram convalidadas situações jurídicas ilegítimas, justificando-se a conversão pela *'teoria do fato consumado'*, isto é, em certas ocasiões melhor seria convalidar o fato do que suprimi-lo da ordem jurídica, hipótese em que o transtorno seria de tal modo expressivo que chegaria ao extremo de ofender o princípio da estabilidade das relações jurídicas. Com a positivação do princípio, tornou-se de maior densidade a sustentação do fato ilegítimo anterior; por mais que se esforçassem os intérpretes, a fundamentação do fato consumado não se afigura muito convincente.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento é no sentido de que a teoria do fato consumado deve ser aplicada *"apenas em situações excepcionalíssimas, nas quais a inércia da administração ou a morosidade do Judiciário deram ensejo a que situações precárias se consolidassem pelo decurso do tempo"*, conforme explica o Ministro Castro Meira no Recurso em Mandado de Segurança nº 34.189²⁷.

Em se tratando de transposição de cargo público, há diversas decisões pela inaplicabilidade da teoria do fato consumado, conforme ementas abaixo colacionadas relativas ao Mandado de Segurança nº 1132929-0²⁸, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e à Apelação Cível nº 1003475-93.2015.8.26.0624²⁹, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, respectivamente:

DECISÃO: ACORDAM Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto. EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ - ATO 274/2005 DA COMISSÃO EXECUTIVA - ENQUADRAMENTO FUNCIONAL - HIPÓTESE DE TRANSPOSIÇÃO - PASSAGEM DE CARGO DE NÍVEL MÉDIO PARA CARGO DE NÍVEL SUPERIOR - FORMA DE PROVIMENTO EM CARGO PÚBLICO VEDADA PELA ORDEM CONSTITUCIONAL - OFENSA AO ART. 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - POSSIBILIDADE DE REVISÃO ADMINISTRATIVA DO ATO - AUTOTUTELA - DECADÊNCIA - INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SE CONVALIDA COM O DECURSO DO TEMPO - INAPLICABILIDADE DO ART. 54, CAPUT, DA LEI FEDERAL Nº 9.784/1999 - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO ANTE SITUAÇÃO INCONSTITUCIONAL - SEGURANÇA DENEGADA. (Grifei.)

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 34.189. Relator Ministro Castro Meira. Data de Julgamento: 02/12/2011.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 1132929-0, do Órgão Especial. Relator Desembargador Clayton de Albuquerque Maranhão. Data do julgamento: 02 mar. 2015.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1003475-93.2015.8.26.0624, da 3ª Câmara de Direito Público. Relator Desembargador Maurício Fiorito. Data do julgamento: 12 abr. 2016.

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS – Tatuí – Suposta ilegalidade no reenquadramento dos servidores municipais nos cargos que ocupavam antes da transposição de cargos promovida por lei municipal declarada inconstitucional – Inocorrência – **Inconstitucionalidade da transposição de cargos** – Súmula 685 do STF e Súmula Vinculante 43 – Declaração de inconstitucionalidade dos arts. 3º e 4º da Lei Municipal nº 3.706/2005 na ação direta de inconstitucionalidade nº 2133805-30.2014.8.26.0000 do Órgão Especial do TJSP – Inexistência de redução de vencimentos – **Mera correção de transposição de cargos feita ilegalmente – Inaplicabilidade da teoria do fato consumado – Impossibilidade de consolidação de situação jurídica inconstitucional – Ausência de direito líquido e certo a ser amparado** – Ordem denegada – Sentença mantida – Recurso improvido. (Grifei.)

Em contrapartida, também é possível encontrar decisão que prestigia o servidor, como a proferida no Mandado de Segurança nº 00029620420128180000³⁰, do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, na qual se compreendeu que a concessão da aposentadoria no cargo referente ao concurso prestado caracterizaria enriquecimento ilícito para a Administração Pública.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ATO DE TRANSPOSIÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO EX NUNC. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, BOA-FÉ E LEGALIDADE. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA PELO DECURSO DO TEMPO. 1. Julgado em que se concluiu pela impossibilidade da Administração Pública, após decurso de longo período de tempo, rever o ato de transposição do servidor público em decorrência da declaração de inconstitucionalidade da LC nº 37/2004. Acaso acolhido entendimento contrário, estar-se-ia desconsiderando a boa-fé do servidor, bem como o fato de que a irregularidade existente e afastada por decisão judicial seria imputável ao próprio Poder Público. 2. Questão que evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica consagrado na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo, tanto em seu art. 2º, que estabelece que a administração pública obedecerá ao princípio da segurança jurídica, quanto em seu art. 54, que fixa o prazo decadencial de 05 anos, contados da data em que o ato administrativo fora praticado, para que a administração possa anulá-lo. 3. **Trata-se de situação em que administração se beneficiou do trabalho desenvolvido pelo impetrante ao longo de mais de 10 (dez) anos como Agente da Polícia Civil e não como Motorista, tendo este, inclusive, incorporado efeitos financeiros em seu patrimônio, possuindo o administrado, boa-fé, notadamente quando estabelecida relação entre ele e o Poder Público sob a égide de**

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Mandado de Segurança nº 00029620420128180000, do Tribunal Pleno. Relator Desembargador José Ribamar Oliveira. Data do julgamento: 24/06/2015.

norma ainda não declarada inconstitucional. Por essa razão, o ato ilegal da autoridade coatora de conceder a aposentadoria do autor no cargo de Motorista caracteriza verdadeiro enriquecimento ilícito, o que não é aceito no ordenamento jurídico vigente. 4. Segurança Concedida. (Grifei.)

Do exame das decisões expostas, verifica-se que não é pacífica a aplicação da teoria do fato consumado aos casos de transposição de cargos públicos e que a análise é casuística.

De outro ângulo, é necessário analisar a questão relacionada à boa-fé do servidor público que teve sua situação funcional alterada por força da aplicação de lei que previu transposição de cargo e, por consequência, violou a Constituição.

Como sabido, em razão do princípio da legalidade, a partir da vigência da lei, o administrador público tem o dever de implementá-la, o que pode gerar considerável alteração na esfera funcional dos servidores, aos quais cabe o dever de obediência, tendo em vista a hierarquia administrativa.

Vale ressaltar que a hierarquia é um instrumento de organização do serviço público e que a inobservância de ordens administrativas pelo servidor pode caracterizar insubordinação e ensejar a instauração de processo administrativo disciplinar, por meio do qual o servidor pode ser penalizado após o trâmite regular do processo.

Nos casos em que há declaração de inconstitucionalidade da lei que previu a transposição de cargos públicos e a consequente nulidade do ato administrativo que a implementou, surge a seguinte indagação: é possível exigir do servidor público o pagamento da diferença remuneratória decorrente da transposição inconstitucional de cargos?

Nesses casos, não se pode imputar má-fé ao servidor, tendo em vista que foi alcançado por uma decisão administrativa decorrente da aplicação de uma lei que produziu seus normais efeitos por força de sua natural presunção de constitucionalidade.

Além disso, de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores, a remuneração do servidor público possui natureza de verba alimentar, a qual é irrepetível nas hipóteses em que presente a boa-fé.

Vejamos a decisão proferida nos Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4884 RS, pelo Tribunal Pleno do STF, em 20/09/2018, cuja relatora foi a Ministra Rosa Weber:

EMENTA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OMISSÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 27 DA LEI Nº 9.868/1999. VANTAGEM REMUNERATÓRIA RECEBIDA DE BOA-FÉ POR SIGNIFICATIVO LAPSO TEMPORAL. PRECEDENTES. 1. Verificadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos moldes do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, cumpre ao Supremo Tribunal Federal harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de preceitos outros da Lei Maior que, sem essa providência, seriam feridos caso atribuída eficácia retroativa ou plena à decisão: notadamente a segurança jurídica, a

confiança legítima e a boa-fé objetiva. 2. O caráter alimentar da vantagem remuneratória recebida de boa-fé, por significativo lapso temporal, impõe a incidência do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 64, parágrafo único, da Lei nº 13.417/2010 do Estado do Rio Grande do Sul, assentando a inexigibilidade de devolução dos valores recebidos, a título de adicional de dedicação exclusiva, pelos servidores extranumerários em exercício na Secretaria de Saúde estadual, até a data da publicação do acórdão embargado (31.5.2017). Precedentes. 3. Embargos de declaração acolhidos em parte para fins de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. (Grifei.)

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do Tema nº 531 (tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73), estabeleceu que “é indevida a devolução ao erário de valores recebidos de boa-fé, por servidor público ou pensionista, em decorrência de erro administrativo operacional ou nas hipóteses de equívoco ou má interpretação da lei pela administração pública”.

Vale destacar que a jurisprudência do STJ é firme nesse sentido, conforme mencionado no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1445132 MG, julgado em 29/04/2019, pela Primeira Turma, cujo relator foi o Ministro Sérgio Kukina.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES RECEBIDOS DE BOA FÉ. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. DEVOLUÇÃO. DESCABIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de não ser devida a restituição de valores recebidos de boa-fé por servidor público em decorrência de erro da Administração. Precedentes. 2. Agravo interno não provido.

A doutrina, por sua vez, também compartilha o entendimento de que se deve prestigiar a boa-fé do servidor público, sendo plenamente cabível a aplicação do princípio da proteção à confiança (ou da confiança legítima).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira ao tratar do princípio da confiança legítima, afirma que este pode ser aplicado à atividade normativa se presentes os seguintes requisitos: demonstração de surpresa do administrado com a mudança súbita e imprevisível do regime normativo, comprovação de prejuízo do administrado com a mudança súbita e imprevisível do regime normativo, comprovação de prejuízo do administrado com a alteração da norma, boa-fé do administrado e ponderação entre a confiança legítima do administrado e o interesse público que a nova norma pretende concretizar³¹.

No tocante especificamente à transposição de cargos públicos, vale citar o Recurso Extraordinário nº 667903/DF³², que teve seu seguimento negado pelo

³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p. 58-59.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 667903/DF. Ministro Relator Gilmar Mendes. Data de julgamento: 28 de fevereiro de 2012.

ilustre Ministro Relator Gilmar Mendes, tendo sido, por consequência, mantido o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal na Apelação Cível nº 20020110067567, cuja ementa abaixo se transcreve:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - SERVIDORES PÚBLICOS - TRANSPOSIÇÃO DE CARGO - CARREIRAS DE TÉCNICO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE TÉCNICO DE ORÇAMENTO - INADMISSIBILIDADE - LEI DISTRITAL Nº 99/90 E DECRETO 12.466/90 - INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO ART. 37, II DA CF/88 - IRREPETIBILIDADE DOS VALORES PERCEBIDOS DE BOA FÉ POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO - NATUREZA ALIMENTAR. 1. A CF/88, no art. 37, inc. II, ao cuidar da investidura dos cargos públicos, exigiu para tal prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvantes os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. 2. **A Lei Distrital nº 99/90, ao autorizar a transposição de um cargo público para outro diverso do originariamente investido – forma derivada de provimento de cargo público -, hostiliza a regra constitucional acima transcrita, ressentindo-se, pois, do vício de inconstitucionalidade material.** 3. **Embora correta a assertiva de que o erro administrativo não gera nenhum direito em favor do servidor, como a remuneração deste tem caráter alimentar, a irrepetetibilidade deve ser colocada como regra e a devolução como exceção.** 4. **A boa-fé no recebimento de valores afasta, portanto, a possibilidade de desconto automático na remuneração dos servidores, por se tratar de verba de natureza alimentar.** 5. Recurso parcialmente provido. (Grifei.)

Vários julgados seguiram o mesmo entendimento pela irrepetetibilidade da verba alimentar percebida de boa-fé pelo servidor público, como o acórdão proferido na Apelação Cível nº 2000.01.00.030210-1, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, da lavra do Juiz Federal da 1ª Turma Suplementar, Hélio Camelo Ferreira, julgado em 09/02/2012.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INDEVIDA TRANSPOSIÇÃO DO CARGO DE ASSESSOR DE COMUNICAÇÃO JÚNIOR PARA O DE ADVOGADO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. VERBA ALIMENTAR PERCEBIDA DE BOA-FÉ.

1. Remessa oficial tida por interposta, nos termos da Súmula 423/STF.
2. Com o advento da Constituição da República de 1988, a ascensão funcional pela promoção com transposição de um cargo a outro, sem concurso público, foi abolida como forma de provimento de cargo ou emprego público no âmbito da administração pública direta ou indireta. O banimento da promoção impediu que o servidor tivesse acesso a cargo diferente daquele que ocupa, salvo com prévia aprovação em concurso público. O reenquadramento que operou a promoção da impetrante se configura ato administrativo evitado de insanável vício de inconstitucionalidade e ilegalidade.

3. É legítimo afastar o ônus de repor ao erário a verba recebida indevidamente, quando da ocorrência simultânea de três circunstâncias; a saber: a) que o servidor tenha percebido as sobreditas verbas de boa-fé; b) que ele não tenha concorrido para a sua percepção e c) que o pagamento efetuado tenha decorrido de erro da administração na interpretação da norma aplicável ao caso concreto. Precedentes.

4. Remessa Oficial, tida por interposta, e Apelação da União desprovidas. (Grifei.)

Como se percebe, o ordenamento jurídico brasileiro é uníssono quanto à inconstitucionalidade de leis que preveem transposição de cargos público, tendo em vista a flagrante violação à regra do concurso público.

No que tange à devolução dos valores recebidos pelos servidores públicos alcançados pela aplicação dessas leis, a doutrina e a jurisprudência são firmes no sentido de que, considerando a boa-fé do servidor e a natureza alimentícia da verba, não se pode exigir a devolução do acréscimo remuneratório.

4. CONCLUSÃO

De acordo com o exposto, o ingresso no serviço público ocorre, em regra, por meio de concurso público, sendo os aprovados providos em cargos públicos que são criados por lei.

Ao dispor sobre reestruturação de plano de cargos, carreiras e remuneração de quadro de pessoal de servidores públicos é vedado que uma lei transforme cargo anterior em um novo, com atribuições diversas das do primeiro, praticando a chamada transposição de cargos públicos, o que viola frontalmente a regra constitucional do concurso público.

Ocorre que não é incomum que um projeto de lei que contenha referida previsão seja aprovado pela Casa Legislativa e sancionado pelo Chefe do Executivo, entrando em vigor com tal vício e, por consequência, vinculando seus respectivos destinatários.

Não obstante a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, o princípio da separação de poderes e a vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade, é possível a recusa de aplicação de lei inconstitucional pelo Chefe do Executivo em se adotando parâmetros para isso, como no caso de leis que violem direitos fundamentais, princípios constitucionais expressos, os fundamentos da República Federativa do Brasil ou seus objetivos.

Além disso, a Administração Pública pode deixar de aplicar lei inconstitucional diante de flagrante violação a dispositivo constitucional ou nos casos em que já existe jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Isso porque o administrador público está vinculado ao princípio da juridicidade.

Por vezes, a lei que promove a irregular transposição de cargos públicos tem sua constitucionalidade arguida após considerável decurso de tempo de sua vigência, em muitos casos no ato da aposentadoria do servidor.

A esse respeito, o ordenamento jurídico brasileiro é uníssono quanto à inconstitucionalidade de leis que preveem transposição de cargos público, como também acerca da irrepetibilidade da diferença remuneratória, tendo em vista a boa-fé do servidor público.

Não obstante a solução apresentada, o ideal é que projetos de lei que contenham essa previsão sejam extirpados ainda no curso do processo legislativo. Para tanto, é necessária uma atuação séria e comprometida dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, os quais são comprometidos com a Constituição Federal tanto quanto os membros do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Brasília, v. 5, número especial, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 174.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 28. ed. rev., atual. Até 31-12-2014 – São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Servidores Públicos na Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FORTINI, Cristiana (Org.). Servidor Público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. Servidor público na atualidade, 8ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

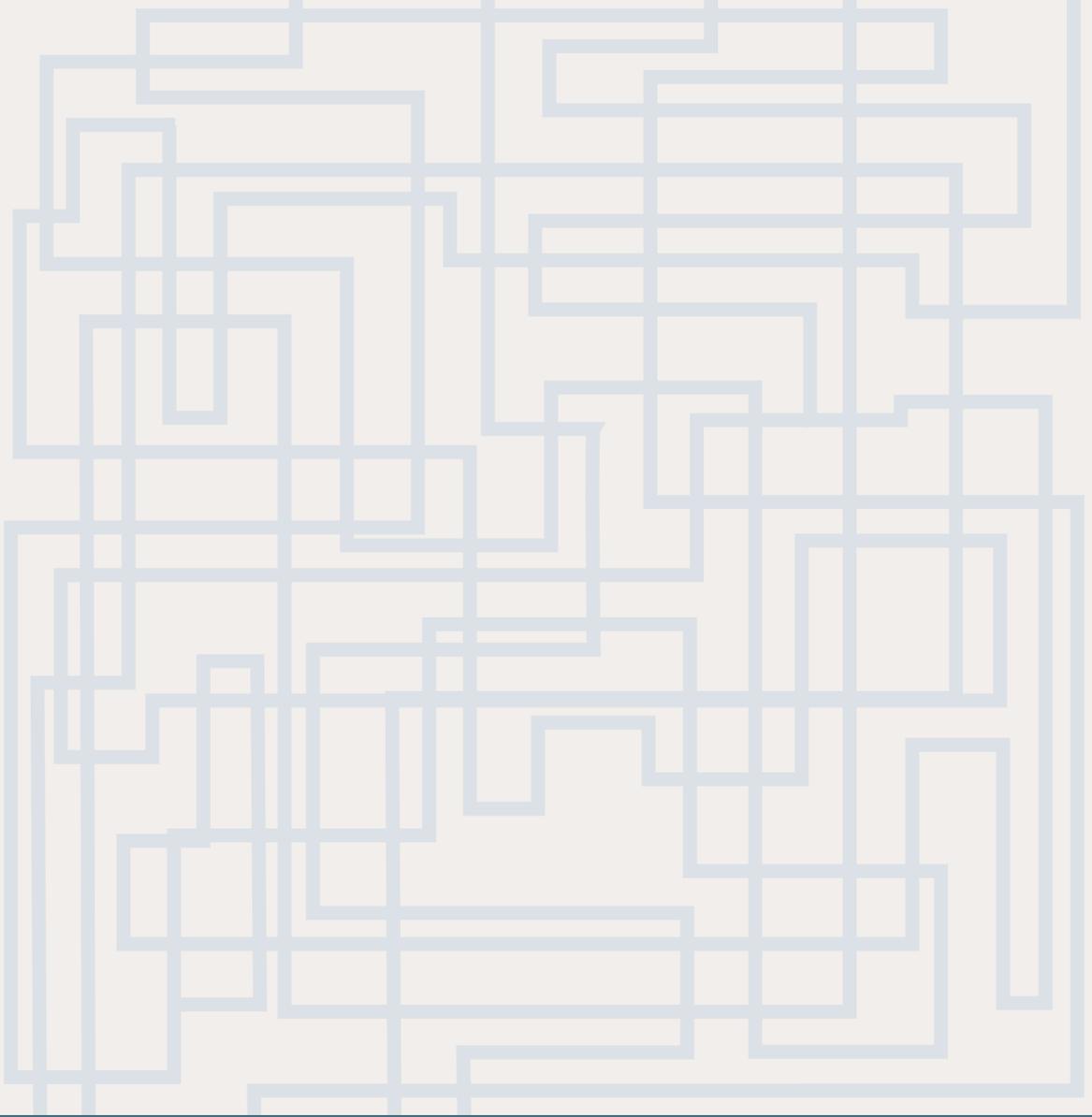
MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de Constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 134, abr./jun. 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

WILLEMANN, Mariana Montebello. Controle de Constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, nº 30, jun./jul./ago. de 2012.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CENTRO DE ESTUDOS/ESPG



GOVERNO DO ESTADO
DE SÃO PAULO