

A dark blue background featuring a large, empty white speech bubble at the top and a wooden gavel with a gold band in the center. The title text is overlaid on the speech bubble and the gavel.

Conhecimento, Direitos Sociais e Expressão Humana no Direito Público e Privado

**Clodoaldo Moreira dos Santos Junior
Mychelle Borges Pereira Pinto
(Organizadores)**



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS – UNIGOIÁS
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
SUPERVISÃO DA ÁREA DE PESQUISA CIENTÍFICA**

Esta obra é fruto de trabalhos produzidos nas especializações em Direito Público e Direito Privado, tendo como orientador o Prof. Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Junior.

A UNIGOIÁS não se responsabiliza por visões ideológicas, questões gramaticais e de plágio caso contenha nos trabalhos publicados. Portanto, todo teor do conteúdo, bem como sua revisão linguística e autoral é de inteira responsabilidade de seus autores.

CONSELHO EDITORAL

Prof. Dr. Renato de Oliveira
Dering

Profa. Dra. Ludimila Stival
Cardoso

Profa. Dra. Debora de Abreu
Moreira dos Santos Martins

Prof. Dr. Guilherme Martins
Teixeira Borges

Ficha Catalográfica

C749 Conhecimento, direitos sociais e expressão humana no
Direito Público e Privado / Organizadores, Clodoaldo
Moreira dos Santos Junior; Michelle Borges Pereira Pinto.
Goiânia: Centro Universitário de Goiás UNIGOIÁS, 2022.
115 p.

ISBN 978-65-88701-01-0

1. Direito Público. 2. Direito Privado. 3. Direitos
sociais. I. Título.

CDU 342

Catálogo na Biblioteca do Centro Universitário de Goiás UNIGOIÁS

SUMÁRIO

CONTRATAÇÃO DE CURSOS DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL POR MEIO DE INEXIGIBILIDADE LICITAÇÃO

Andréia Soares Da Silva

5-18

A CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Gabrielly Missias Santana

19-24

EXISTE ALGO DE GRAÇA? EDUCAÇÃO FISCAL, CONSTITUIÇÃO E EMANCIPAÇÃO CIDADÃ

Kellen Cristina Gonçalves Dos Santos Melo

25-35

RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CASO DE BRUMADINHO/MINAS GERAIS, SOB OS ASPECTOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

Leiliany Alcântara Maia

36-47

OS REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS PARA OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Marcelo Lins De Moura

48-62

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONTRAPOSIÇÃO À RESERVA DO POSSÍVEL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Monna Pattiely Pereira

63-76

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PARA ENTIDADES RELIGIOSAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ricardo Carlos de Lima

77-88

AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE A PROMOÇÃO DA JUSTIÇA E A SUA VIOLAÇÃO

Tarsis Matheus Sirino Moraes

89-103

POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: NECESSIDADE E CONSEQUÊNCIA

Thaís Lourenço Santos Oliveira

104-114

SOBRE OS ORGANIZADORES E AUTORES

115

APRESENTAÇÃO

Conhecimento Direitos Sociais e Expressão Humana no Direito Público e Privado é uma coleção de artigos de alunos(as) da especialização em Direito Público e Direito Privado tendo como orientador o professor, PHD. Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior. O leitor observará que a obra tem por princípio a diversidade de temas e pontos de vista, trazendo uma mescla de novas visões apresentadas pelos discentes associada à experiência e ao conhecimento adquiridos durante as aulas da especialização.

Os estudos individuais colacionados à obra na forma de artigos, constituindo um todo, oferta aos interessados uma visão panorâmica acerca dos temas explorados, na medida em que explica seus conceitos, princípios e normas, abrangendo a jurisprudência e doutrina tradicional, apresentando uma interpretação pessoal sobre o objeto de estudo.

Desse modo, ao trazer uma miscelânea de conhecimentos, estudos afetos à legislação, posicionamentos doutrinários e decisões judiciais, a obra torna-se única, indo além das que apenas se propõem a expor as doutrinas existentes, normas e basear-se em percepções unilaterais do fenômeno objeto de estudo.

Deixo aqui as minhas sinceras homenagens a Deus, a minha esposa Angela Estrela, as minhas filhas Beatriz e Cecília, aos meus finados pais, a minha amiga professora Mychelle Borges Pereira Pinto - Coordenadora da Pós-graduação da UNIGOIÁS, ao professor Dr. Renato de Oliveira Dering - Supervisor da Área da Pesquisa Científica da UNIGOIÁS, aos colegas professores e professoras que sempre se dedicaram no seu mister com excelência, aos servidores da especialização, por fim aos meus colegas autores e autoras que se empenharam ao máximo na produção desta obra. Tenho certeza absoluta que vocês chegaram à perfeição, meus parabéns!

Prof. Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Junior

CONTRATAÇÃO DE CURSOS DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL POR MEIO DE INEXIGIBILIDADE LICITAÇÃO

ANDRÉIA SOARES DA SILVA

Resumo: O presente estudo aborda em destaque a possibilidade de contratação de cursos de aperfeiçoamento de pessoal na administração pública e estatais, geralmente, por meio de inexigibilidade de licitação, tendo em vista a discricionariedade do gestor para decidir quanto ao correto enquadramento desde que atenda aos requisitos básicos da contratação direta em referência, quais sejam: impossibilidade de competição e singularidade do objeto. A pesquisa foi desenvolvida através de consultas, análises e interpretação a doutrinas, legislações, documentos e jurisprudências, estudando detalhadamente todo conteúdo encontrado acerca do tema, mostrando o quanto é importante análise do caso concreto para definir de forma correta e econômica à Administração, não comprometendo a obtenção de resultados satisfatórios e vantajosos de seus servidores.

Palavras-chave: Capacitação. Inexigibilidade. Singularidade. Impossibilidade de competição.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo abordar um dos grandes desafios daqueles que lidam diuturnamente com contratações licitatórias, quer seja um agente público em seu múnus público, empregado de estatais ou ainda empresas privadas sujeitas à licitação, tais como, os Serviços Sociais Autônomos, dá-se ao deparar-se com processos cujo objeto tem por natureza, a contratação de treinamentos, aperfeiçoamento de pessoal, palestras, cursos e congêneres.

Para compreender melhor, é preciso destacar que a Lei nº 8.666/1993 - Lei de Licitações e Contratos Administrativos, constituiu normas básicas sobre licitações e contratos para a Administração Pública, desta feita, ao regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabeleceu os procedimentos inerentes às compras e contratações de integrantes da Administração Direta, as Autarquias, as Fundações Públicas, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista, os fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios dos poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Note-se que as entidades paraestatais bem como todos àqueles que recebem e gerem contribuições fiscais ou parafiscais devem ser submetidos as normas típicas e ao dever imperioso de licitar e prestar contas, estas entidades também não possuem liberdade para contratar como bem lhes interessem, mas, deverão sim, realizar um procedimento prévio à contratação: a licitação!

Ocorre que, Licitação é regra para a Administração comprar bens ou contratar serviços, contudo, a lei apresenta exceções, são os casos de contratação direta, **em que a licitação é legalmente dispensada ou inexigível.**

Abordaremos no presente estudo a hipótese de inexigibilidade de licitação para contratações de cursos visando a capacitação de servidores, acerca do tema a lei versa as situações em que a competição entre os licitantes não é viável, seja em razão da singularidade do objeto a ser contratado e da notória especialização do contratado.

Tal entendimento está excerto na Súmula nº 252 do Tribunal de Contas da União, vejamos os termos:

TCU - Súmula nº 252: “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado”.

Note-se que, fundamentaremos nestes requisitos a possibilidade de contratação de serviços de capacitação, contudo, não há uma fórmula resolutive para contratações com este enquadramento, dependerá sempre, de detida e profunda análise ao caso concreto para verificar a viabilidade da contratação direta ou decidir pelo procedimento de licitação.

MATERIAIS E MÉTODOS

A pesquisa foi desenvolvida através de consultas, análises e interpretação a doutrinas, legislações, documentos e orientações jurisprudências, estudando detalhadamente todo conteúdo encontrado que aborde o tema, mostrando o quanto é importante a análise ao caso concreto para se chegar em conclusões assertivas acerca do tema proposto.

1. DO DIREITO

O dever de licitar é categórico, conforme prescrito em nossa Carta Magna em seu artigo 37, inciso XXI:

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

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifou-se)

Em face desse comando constitucional, sobreveio a Lei nº 8.666/93 estabelecendo o regramento geral quanto as licitações e contratos administrativos com previsão expressa no artigo 1º, parágrafo único:

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Todo este plano de fundo é necessário até o presente momento, pois na prática, há uma grande dúvida quanto ao enquadramento para contratação, cujo objeto seja predominantemente de caráter intelectual (cursos, palestras, treinamentos etc.), e diferentemente da Lei Geral de Licitações, o Regulamento de Licitações e Contratos dos Sistemas “S” não especificou claramente, os elementos específicos, de forma límpida, para contratação direta na via inexigibilidade neste ponto. Logo, deve-se buscar nos princípios, regra geral, doutrina e jurisprudência luz ao caminho a ser percorrido.

Assim, neste trabalho deteremos tempo em robustecer entendimento quanto a forma de contratação por *inexigibilidade*.

Notadamente, o grande desafio é balizar e/ou conciliar, a necessidade quanto à obrigatoriedade de licitar, imperativa do Artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988¹, e em outro vértice, as peculiaridades inerentes a essa espécie de prestação de serviço,

¹ PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF: 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm,.

que por vezes e não rara, calcada de subjetividade, justamente pela dificuldade em estabelecer-se critérios objetivos possíveis de **comparação**, frente às várias possibilidades mercadológicas. (Grifou-se)

Discorrendo a respeito, os estudiosos Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2018, p. 697) ensina-nos: “*Conforme se constata, esse dispositivo constitucional admite a possibilidade de a legislação estabelecer **hipóteses excepcionais** de celebração de contratos administrativos **sem a realização de licitação** (a denominada “**contratação direta**”)*”². (Grifos do Autor)

Retomando, nada obstante ser a regra celebrar contratos de qualquer natureza por meio de licitação prévia, a lei prevê situações excepcionais, conforme previsão garantida por nossa Carta Constitucional em seu artigo 37, inciso XXI, mencionado anteriormente, sendo estas as hipóteses de contratação direta.

As situações em que não haverá ou poderá não haver licitação prévia às contratações em geral, dividem-se em dois grupos: casos de *inexigibilidade* e *dispensa de licitação*.

Frise-se, contudo, que a legislação (Lei 8.666/93³) faculta ao Gestor a possibilidade de dispensar a instauração de certame caso ocorram situação elencadas nos incisos constantes do artigo 24, cujo rol de hipóteses é exaustivo. Outra possibilidade de contratação direta está prevista no artigo 25 e decorre da impossibilidade de instauração de competição.

As causas de inviabilidade de competição podem ser reunidas em dois grandes grupos, tendo por **critério** a sua **natureza**. Há uma primeira espécie que envolve a **inviabilidade** de competição derivada de circunstâncias atinentes ao **sujeito** a ser contrato. A segunda espécie abrange os casos de **inviabilidade** de competição relacionada com a **natureza do objeto** a ser contrato. (Grifou-se)

Em linhas embrionárias há inexigibilidade, “*quando a licitação é **juridicamente impossível**. A impossibilidade jurídica de licitar decorre da **impossibilidade de competição**,*

² ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 697.

³ PLANALTO. **Lei Nº 8.666 de 21 de junho de 1993: Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Brasília-DF: 21 de junho de 1993. Publicado no DOU de 22 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

em razão da **inexistência de pluralidade** de potenciais proponentes.”⁴ (ALEXANDRINO, M. p. 766, 2018) (Grifou-se)

2. DA SINGULARIDADE E DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

É relevante trazer à baila alguns conceitos que impõe dificuldades aos gestores por ocasião da aplicação do Normativo que regulamenta as atividades inerentes aos processos de contratações no âmbito da administração pública. Dentre esses conceitos estão o de **singularidade** e o de **notória especialização**. Ambos orbitam as contratações de cursos, palestras, conferências, seminários e outras atividades afins e congêneres à capacitação e ao treinamento de pessoal.

Nesta senda, **objeto singular é todo aquele que possui características e peculiaridades que o tornam diferente dos demais**. Essa análise parte de um estudo do núcleo do objeto, que é o responsável por conferir a necessária peculiaridade, e sobre o qual é possível identificar a singularidade.

Segundo o Professor Luiz Cláudio de Azevedo Chaves (2014, p.129), “*chamamos de núcleo do objeto do serviço a parcela da execução que lhe dá identidade, que materializa a execução*”⁵. Aliás, o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.502) ensina-nos que a singularidade ocorre quando, **ainda que exista mais de um agente apto à satisfação da necessidade pública, a contratação de um ou outro não é indiferente, em razão de peculiaridades na prestação do objeto que não podem ser comparadas de forma objetiva**. Vale a transcrição de sua lição:

A singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, **um componente criativo de seu autor, envolvendo estilo, traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa**. Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os

⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 766.

⁵ AZEVEDO CHAVES, Luiz Cláudio. **Contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na Administração Pública: Uma Breve análise da Decisão nº 439/98**, Plenário do TCU in **Revista do TCU**, Brasília, n. 129, p. 72-79, jan./abr. 2014.

próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isto não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito “A” ou pelos sujeitos “B” ou “C”, ainda que estes fossem pessoas de excelente reputação.⁶ (Grifou-se)

Os serviços de capacitação de pessoal se revestem de variáveis que exigirão do seu executor habilidades específicas para o seu cumprimento. Se por um lado, essas variáveis são objetivamente definidas, tais como: objetivos, conteúdo programático, carga horária etc.), a obrigação principal, que é a execução propriamente dita, se reveste de subjetividade. Logo, podemos concluir que o núcleo do objeto nos serviços de capacitação é a ministração da “aula”. (AZEVEDO CHAVES, 2014)

A atuação do executor do serviço é determinante, seja ele um professor, palestrante, conferencista dentre outros, para consecução do objeto pretendido. Daí a dificuldade, de mensurar o desempenho entre dois ou mais profissionais, visto que, cada um possui metodologia e *know-how* próprios, impossibilitando o estabelecimento de critérios objetivos de comparação de propostas.

O núcleo do objeto “aula” é tão peculiar que cada professor, palestrante, conferencista e assim por diante, poderá adotar a sua didática, ainda que diferentes, para a execução do mesmo projeto.

O entendimento de que cada aula se reveste de peculiaridades ímpares, e da impossibilidade de comparação objetiva dos potenciais executores, Ivan Barbosa Rigolim esclarece (1993, p. 176):

A metodologia empregada, o sistema pedagógico, o material e os recursos didáticos, os diferentes instrutores, o enfoque das matérias, a preocupação ideológica, assim como todas as demais questões fundamentais, relacionadas com a prestação final do serviço e com os seus resultados – que são o que afinal importa obter -, nada disso pode ser predeterminado ou adrede escolhido pela Administração contratante. Aí reside a marca inconfundível do autor dos serviços de natureza singular, que não executa projeto prévio e conhecido de todos mas desenvolve técnica apenas sua, que pode inclusive variar a cada novo trabalho, aperfeiçoando-se continuamente.⁷

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

⁷ BARBOSA RIGOLIM, Ivan. **Treinamento de Pessoal – Natureza da Contratação** in Boletim de Direito Administrativo. 1993. p. 176.

Conclui-se que os serviços de natureza singular, em virtude de sua complexidade executória, exigem um profissional de especial qualificação. Ou seja, é a **singularidade** do objeto **que faz surgir a necessidade de contratação de um profissional de notória especialização**, assim considerado **aquele que, em síntese, como consequência de sua experiência acumulada e realizações profissionais, possui grau de respeitabilidade capaz de convencer que, no seu campo de atuação, o seu trabalho é o que mais atende à demanda da contratante.**

Joel Menezes Niebuhr (2011, p.195) assim assevera:

[...] dado que os elementos em apreço devem revelar que o trabalho do especialista é **essencial e indiscutivelmente o mais adequado** à plena satisfação do objeto do contrato [...]. **Melhor dizendo, o objeto do contrato é que determina o tipo de especialista ser contratado.** (Grifou-se)

Este é o fato pelo qual, pode-se concluir pela impossibilidade de aplicação do conceito de serviço comum, aos serviços de treinamento e capacitação, uma vez que neles não há padronização de desempenho, ainda que existam variáveis em torno do objeto que sejam intercambiáveis (carga horária e conteúdo programático).

Em outra face, o artigo 25 da Lei nº 8.666/93 estabelece a hipótese de inexigibilidade de licitação para a pretendida contratação em que a competição entre contendores é **inviável**. Frise-se que tais hipóteses não esgotam todas as possibilidades de inviabilidade de disputa, constituindo, portanto, um rol exemplificativo por meio da qual o gestor fará a subsunção:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

(...)

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. (Grifou-se)

Destaque-se leitura do artigo 13 em referência:

Art. 13. Para os fins desta Lei, **consideram-se serviços técnicos profissionais especializados** os trabalhos relativos a:

(...)

VI – **treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;**

(...)

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato. (Grifou-se)

Em relação ao transcrito acima, há de se esclarecer que ainda que existam diversos profissionais ou empresas detentoras de notoriedade e, portanto, aptos a execução do objeto, estará configurada a inviabilidade de competição, uma vez que esta **não se materializa pela exclusividade, ineditismo ou raridade**, mas sim, **pela impossibilidade de se realizar comparação objetiva entre os especialistas**. Ou seja, a escolha do executor do serviço singular decorre de um grau de confiança inspirada a partir de desempenho anterior, que o diferencia dos demais.

Acerca da inviabilidade de competição, a Corte de Contas, por meio do Acórdão 1038/2011 - Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto André Luís Carvalho, assim se pronunciou. Segundo o relator, desde a Súmula nº 39, de 1973:

A jurisprudência deste Tribunal tem se consolidado quanto à **necessidade de se demonstrar**, nas contratações diretas de serviço técnico profissional especializado, que tal serviço tenha **características singulares (incomum, anômalo, não usual)**, aliada à condição de **notória especialização do prestador** (que reúna competências que o **diferenciem de outros profissionais, a ponto de tornar inviável a competição**).⁸ (Grifou-se)

De tal modo, à luz da boa doutrina, o enquadramento da contratação com fulcro no art. 25, § 1º, da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993), deve valer-se da **caracterização da singularidade do objeto, que por seu turno exigirá um profissional ou empresa de notória especialização** para a sua fiel execução, **para configuração da inviabilidade de competição**. Ou seja, é o objeto singular que requer um profissional notório e não o inverso. Do contrário,

⁸ Acórdão 1038/2011 – TCU. Plenário, Ministro - Substituto Relator André Luiz Carvalho.

poderia se admitir a possibilidade equivocada de o objeto ter dupla classificação (singular e/ou comum) a depender do profissional que o execute. Somente na presença desses três requisitos, e nessa ordem, é que estará configurada a inviabilidade de competição. A doutrina e a jurisprudência não destoam desse enunciado. (Grifou-se)

Assim, devem os profissionais ou as empresas revestir-se da qualificação de **notória especialização**, ou seja, aqueles que desfrutem de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade. A lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade.

Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, o dispositivo em tela (artigo 25, § 1º) indica o norte de quais peculiaridades ou requisitos, são considerados idôneos, tais como estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero. Por outro lado, é preciso que a Administração conclua que o trabalho a ser executado por esse; profissional, seja essencial e o mais adequado à plena consecução do objeto do contrato. O mestre José dos Santos Carvalho Filho pontua:

Embora não seja muito comum encontrar a pessoa profissional que possa qualificar-se como tendo notória especialização, entendemos, apesar de alguma divergência, que é possível que haja mais de uma no mercado. Vale dizer: não é obrigatório que apenas uma empresa seja de notória especialização. A lei não impõe qualquer restrição em tal sentido. (2015, p. 279)⁹

Não restam dúvidas de que essa escolha dependerá de uma **análise subjetiva do gesto competente para celebrar o contrato**. Nem poderia ser diferente, pois se a escolha pudesse ser calcada em elementos objetivos a licitação não seria inviável. Ela é impossível justamente porque há impossibilidade de comparação objetiva entre as propostas. Nítido está que a escolha é essencialmente discricionária. (Grifou-se)

Será a autoridade competente que, respeitando o leque de princípios a que se submete a atividade administrativa, notadamente, *legalidade, impessoalidade, indisponibilidade do interesse público e razoabilidade*, e ainda, sopesando as opções à sua disposição, com fulcro em seu juízo de conveniência, indicará aquele que lhe parecer ser o “*indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato*.”

Tal entendimento está excerto no Acórdão 439/1998 – Plenário TCU:

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo-SP: Atlas, 2015.

[...] Sobre a prerrogativa da Administração de avaliar a notória especialização do candidato, invocamos novamente os ensinamentos de Eros Roberto Grau, na mesma obra já citada: ‘...**Impõem-se à Administração** - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - **o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto**. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente (‘é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’), aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança. Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada.¹⁰

A Decisão Paradigma 439/1998 TCU, fixou o seguinte entendimento quanto ao assunto:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1. considerar que as contratações de **professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal**, bem como a **inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros**, enquadram-se na hipótese de **inexigibilidade de licitação** prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei nº 8.666/93; 2. retirar o sigilo dos autos e ordenar sua publicação em Ata; e 3. arquivar o presente processo.¹¹ (Grifou-se)

E em decisão confirmada pelo Acórdão 1.247/2008 (no mesmo sentido - Acórdão 1762/2011 Segunda Câmara Rel. Min. Augusto Sherman), em consonância com o entendimento acima mencionado, tem-se:

As contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei 8.666/1993.¹²

3. RESULTADOS

Note-se, em que pese a força dos argumentos expedidos brilhantemente, pela Corte de Contas, com a devida *vênia*, e dado a discricionariedade dispensada ao

¹⁰ Acórdão 439/1998 – Plenário TCU – Ministro Relator Adhemar Paladini Ghisi, *in* Eros Roberto Grau, *Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei, Malheiros, 1995, pág. 77.*

¹¹ Acórdão 439/1998 – Plenário TCU – Ministro Relator Adhemar Paladini Ghisi.

¹² Acórdão 1.247/2008 – Plenário TCU – Ministro Relator Marcos Bemquerer.

Gestor/Administrador/Área que irá providenciar tal enquadramento, para concretização da contratação, dever-se-á sempre analisar cada caso de forma individualizada e não generalizada como decido pelo Egrégio Tribunal de Contas da União.

Todo o processo de contratação de cursos exigirá da autoridade competente seu correto enquadramento legal, com demonstração da presença inequívoca de todos os requisitos legais (explicitação da característica singular do serviço, demonstração de notória especialização e justificativa da razão da escolha do executor dentre as alternativas possíveis). A generalização reconhecida no decisum em comento, que considera presumidamente singulares todos os cursos, pode conduzir à fragilidade da instrução do processo na medida em que pode se considerar quase desnecessária a caracterização do serviço como sendo singular.

Por óbvio, que não se trata de freios à contratação, porém, cumpre-nos ressaltar, que a via mais segura será sempre a análise prévia, não desrespeitando, como bem explícito aqui, a discricionariedade da autoridade competente, que irá enquadrar corretamente a contratação a que se pretende no tempo presente ou futuro.

Por fim, e em síntese, citamos abaixo a conclusão trazida pelo Professor Luiz Cláudio de Azevedo Chaves¹³, às contratações por inexigibilidade:

- a. nos serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, a determinação da singularidade está relacionada ao núcleo do seu objeto, que é a aula;
- b. como a aula não é uma atividade padronizada e os variados docentes são incomparáveis entre si, sempre que a intervenção destes for determinante para a obtenção dos resultados pretendidos, o serviço será singular;
- c. tais serviços são, em regra, singulares, salvo aqueles cujo método supere o docente na obtenção dos resultados esperados;
- d. na contratação de cursos, a escolha da pessoa do executado é ato discricionário e exclusivo da autoridade competente, que deverá apontar as razões que o fizeram inclinar-se por este ou aquele profissional ou empresa;
- e. cursos abertos a terceiros são sempre ilícítáveis pelo fato de se constituir em objeto único que se esgota com a execução, devendo ser contratados com base no art. 25, caput da Lei Geral de Licitações;

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações abordadas no decorrer deste trabalho, pode-se perceber em suma que, é mister ressaltar que o enquadramento de cursos (abertos e/ou in company) e outras

¹³ CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. **Contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na Administração Pública: uma breve análise da Decisão 439/98, Plenário do TCU**. Publicado na Revista do TCU 129 – Periódico Jan/Abr 2014. Disponível em: revista.tcu.gov.br.

atividades afins (palestras, seminários, congressos) não deve se estribar em quaisquer dos incisos previstos no artigo 25 da Lei 8.666/93, visto que a Administração detém de discricionariedade para decidir quanto ao correto enquadramento, mas que de forma cautelosa sejam averiguados se há os requisitos para contratação via Inexigibilidade, amplamente discorrido neste estudo.

Destarte, para contratações com fulcro na inexigibilidade de licitação deve-se observar primordialmente a conjunção dos requisitos mínimos, quais sejam: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

Impende destacar ainda que, visto a possibilidade de contratar nos termos expostos através de inexigibilidade, deverá o gestor comprovar nos autos a justificativa fundamentada pela escolha do proponente fornecedor bem como deixar corroborado nos autos do processo de contratação que os valores cobrados estão de acordo com os praticados no mercado por este mesmo agente a ser contratado perante outros clientes¹⁴, tendo em vista que, ainda que se faça contratação direta, deve a Administração zelar pelos princípios da economicidade e

Em não havendo os requisitos básicos elencados, procederá o gestor à contratação do objeto pretendido em consonância a regra geral prevista na Lei nº 8.666/1993 - Lei de Licitações e Contratos Administrativos; a licitação, em acordo com o preconizado pela Constituição Federal de 1988 e legislações infraconstitucionais atinentes ao tema.

REFERÊNCIAS

Acórdão 439/1998 – Plenário TCU – Ministro Relator Adhemar Paladini Ghisi.

Acórdão 1.247/2008 – Plenário TCU – Ministro Relator Marcos Bemquerer.

Acórdão 439/1998 – Plenário TCU – Ministro Relator Adhemar Paladini Ghisi, *in* Eros Roberto Grau, Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei, Malheiros, 1995, pág. 77.

¹⁴ Orientação Normativa nº. 17 da AGU: “é obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas”. Disponível em:

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:orientacao.normativa:2009-04-01;17>

Acórdão 139/1999 – TCU. Primeira Câmara, Ministro Relator Marcos Vilaça.

Acórdão 1038/2011 – TCU. Plenário, Ministro - Substituto Relator André Luiz Carvalho.

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 697.

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 766.

AZEVEDO CHAVES, Luiz Cláudio. **Contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na Administração Pública: Uma Breve análise da Decisão nº 439/98**, Plenário do TCU in **Revista do TCU**, Brasília, n. 129, p. 72-79, jan./abr. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA RIGOLIM, Ivan. **Treinamento de Pessoal – Natureza da Contratação** in Boletim de Direito Administrativo. 1993. p. 176.

BRASIL. TCU. Acórdão 7/2002 – Plenário. Ministro Relator Lincoln Magalhães da Rocha. Processo 650.184/1998-0. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/65018419980.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo-SP: Atlas, 2015.

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. **Contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na Administração Pública: uma breve análise da Decisão 439/98, Plenário do TCU**. Publicado na Revista do TCU 129 – Periódico Jan/Abr 2014. Disponível em: revista.tcu.gov.br.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo – SP: Malheiros, 2000, p. 346.

Orientação Normativa nº. 17 da AGU: “é obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas”. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:orientacao.normativa:2009-04-01;17>

PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF: 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

PLANALTO. Lei Nº 8.666 de 21 de junho de 1993: Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília-DF: 21 de junho de 1993. Publicado no DOU de 22 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

A CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

GABRIELLY MISSIAS SANTANA

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo principal o estudo sobre a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) e suas respectivas leis nº 8.080/1990 e nº 8.142/1990, sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, bem como os impactos da judicialização da saúde, na qual se utilizará de livros e artigos científicos, acompanhados da questão dos gastos públicos e da equidade em saúde. Pretende-se ainda demonstrar o desenvolvimento histórico da saúde como um direito social, a criação do conceito de saúde pela Organização Das Nações Unidas (ONU) em 1948, considerando finalmente como um direito social, transmitido em sua Carta Magna de 1988. O objetivo foi analisar a bibliografia relacionada à questão do Sistema Único de Saúde, bem como da judicialização da própria, de modo a avaliar o princípio da reserva como um limitador de ordem econômica, regularizando a prestação do serviço público de saúde em prol da coletividade.

Palavras-chave: Sistema Único de Saúde. Direito social. Leis. Judicialização da Saúde.

INTRODUÇÃO

Vista como maior movimento de inclusão social da história do Brasil o Sistema Único de Saúde (SUS), representa em termos constitucionais uma afirmação política de um compromisso do Estado brasileiro para com o direito dos seus cidadãos. O direito à saúde foi sedimentado pela Constituição Federal de 1988-CF/1988 (BRASIL, 2019), a qual definiu como direito social de todos os cidadãos, quanto um dever prestacional do Estado.

A Conferência Internacional realizada em Alma-Ata no ano de 1978 sobre cuidados primários a saúde, estabeleceu um plano mundial efetivando a participação do Estado na saúde de sua população, através da promoção e prevenção da saúde e bem-estar físico mental e social.

Em 1986, ocorreu no Brasil a 8ª Conferência Nacional de Saúde que passou a ser um direito fundamental do cidadão sendo um marco inicial da Reforma Sanitária Brasileira, que ensejou a elaboração da nova Constituição brasileira.

Com a finalidade de suprir a carência existente na saúde criou-se em 1990 através da Lei n. 8.080/90 o Sistema Único de Saúde (SUS), dispondo acerca da promoção, proteção e recuperação da saúde, suas competências e atribuições. E no mesmo ano foi criada a Lei nº 8.142/90, que visa à participação da população na gestão do SUS.

De acordo com Moraes *et al.* (2019), a judicialização da saúde teve seu início no século XX, final da década de 90 início os anos 2000, quando pacientes diagnosticados com o Vírus da Imunodeficiência Humana-HIV pleitearam o fornecimento de antirretrovirais. Desde então as demandas em desfavor do SUS aumentaram exponencialmente.

A fundamentação legal apresentada para o deferimento das demandas judiciais foi à previsão do direito a saúde integral e gratuita, conforme determina a Constituição Federal de 1988. A judicialização representa o instrumento da garantia a cidadania, contudo, causa distorções graves no funcionamento do SUS, provocando dificuldades e reforçando iniquidades na gestão rotineira do sistema, nos âmbitos administrativos, financeiros e da própria assistência em saúde.

O presente estudo de caso tem como objetivo apresentar a evolução do Sistema Único de Saúde no Brasil à luz da Constituição Federal bem como analisar a bibliografia relacionada à questão da judicialização da saúde.

METODOLOGIA

Trata-se de uma revisão integrativa da literatura, em que o problema de pesquisa foi o seguinte questionamento “Quais os impactos da judicialização da saúde à luz da Constituição Federal de 1988?”.

Para obter a resposta de pesquisa a base de dados utilizada foi a doutrina e a, onde artigos científicos sobre a judicialização da saúde. Foram utilizados para a busca dos artigos os seguintes descritores válidos: “Judicialização da Saúde”, “Decisões Judiciais”, “Sistema Único de Saúde”, “Equidade em Saúde” e “Direito à Saúde”.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

O artigo 198 da Constituição Federal de 1988 afirma que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede hierárquica e regional constituindo um sistema único, e organizado de acordo com as diretrizes: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade formando-se assim o sistema único de saúde, sendo o resultado de uma política social e universalista, que tem a Constituição Federal e as Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, com base jurídica constitucional e infraconstitucional.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e possibilitando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação.

Aprovada a lei nº 8.080/90 que estabeleceu o Sistema Único de Saúde, permitiu-se

o acesso da população aos principais artigos fundamentais da Constituição, suprindo a deficiência existente em relação à acessibilidade para todos. A Constituição Federal de 1988 considerou a saúde como um dever do Estado, porém, ainda não havia um sistema que abrangesse e atendesse a população de baixa renda.

1.1. SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL

Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, de acordo com a Constituição da Organização Mundial de Saúde, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social (FLECK, 2000).

Foi no ano de 1986 na 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS) que começou a pensar em um Sistema Único de Saúde à população e como um dever do Estado e direito fundamental do cidadão, e pela primeira com a colaboração e participação dos usuários da saúde pública, houve também um primeiro desenho de como seria o SUS. A constituição brasileira de 1988 é um marco no que tange os direitos fundamentais à saúde.

2 O CRESCIMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Numa percepção histórica, observou-se que a judicialização da saúde teve origem no final da década de 90 início dos anos 2000, com a disseminação descontrolada do vírus HIV, época em que os coquetéis retrovirais não faziam parte das listas de medicamentos padronizados pelo SUS (MAGALHÃES, 2015; CHAGAS e SANTOS, 2018; MORAES *et al.*, 2019; CARLI e NAUNDORF, 2019; DOMINGOS e ROSA, 2019; OLIVEIRA *et al.*, 2019).

É facilmente notado o impacto financeiro correspondente na judicialização da saúde, vez que grandes recursos são direcionados a uma minoria de usuários, de modo a concentrar o financiamento público destinado à saúde, visto que, as “verbas que se destinariam, em princípio, a todo o sistema, passam a ser redirecionadas para o atendimento de determinadas decisões judiciais, acarretando um desequilíbrio nos fundos de saúde.” (SANTOS, 2016, p. 188).

Consequentemente, para o cumprimento das decisões judiciais, há a necessidade de compreender o avanço entre os direitos do usuário demandante e do usuário que passou por todos os trâmites administrativos do SUS, que sofrerá incisivamente as consequências da ação judicial individual.

Magalhães pontua de forma incisiva a questão da insuficiência de recursos financeiros para a devida elaboração de políticas públicas de saúde e afirma que é “evidente que não se pode esquecer o princípio da equidade, onde uma maior atenção e recursos devem ser empregados àqueles que necessitem mais.” (MAGALHÃES, 2015, p. 18).

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante do levantamento realizado nos artigos analisados, constatou que a garantia constitucional do direito à saúde e a criação de um sistema de saúde universal, integral e equânime, não corrobora a certeza de que os recursos indispensáveis para a sua prática serão suficientes para todos os usuários.

Da mesma maneira, este estudo foi constatado que a escassez econômica dos entes públicos para atender a coletividade que necessita da saúde pública é um fato vivenciado pelos seus usuários, os quais se veem sem moimento de receber a prestação do serviço público de forma igualitária, em virtude do fenômeno da judicialização da saúde.

Para fim de conferir equidade a todos os usuários do SUS, esta pesquisa evidenciou que o direito à saúde, quando requerido ao Poder Judiciário, tem como obstáculo a questão financeira e orçamentária do ente público, sendo então invocada a aplicação do princípio da reserva do possível como limitador econômico da judicialização da saúde.

Este estudo revela que as escolhas feitas pelo gestor, baseiam-se em restrições de ordem financeira. Qualquer ingerência no planejamento estatal pode representar um prejuízo significativo para a sociedade, mormente que atenderia a um interesse individual em detrimento do coletivo.

Poderão surgir novas demandas judiciais de caráter individual que servirão de base para a elaboração e implementação de novas políticas públicas de saúde, é preciso atenção no crescimento desordenado da judicialização no âmbito da saúde para questões corriqueiras ou sem a devida evidência de eficácia que, inclusive, podem ser abstraídas por políticas já existentes no SUS.

Por último, é de amplo conhecimento a limitação dos recursos públicos, principalmente, para as questões relacionadas ao serviço de saúde, assegurado naquelas ocasiões em que a coletividade sobressaia ao direito individual.

CONCLUSÃO

O Sistema Único de Saúde demonstra avanços e conquistas na saúde de todos os brasileiros, tendo como pressupostos a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Embora o sistema esteja consolidado em nosso país, o SUS ainda enfrenta desafios como a qualificação na gestão, atenção básica, a dificuldade no acesso às ações de saúde às algumas populações. É notável que não é fácil manter a qualidade de um sistema tão complexo e com um território tão grande como é o Brasil, no entanto, os esforços não são poupados para que o sistema melhore a cada dia mais.

Isto posto, o SUS coloca diariamente em prática as normas estabelecidas pela CF/ 88 em seus artigos. 196 a 200, garantindo à população a prevenção de doenças e promoção da saúde, fornecendo um acesso igualitário e integral a todos, permitindo ainda a livre iniciativa privada na assistência à saúde e a complementariedade do SUS à rede privada, quando o mesmo não for suficiente ou capaz de fornecer a demanda necessária à população.

Os resultados deste estudo demonstraram que o crescimento acelerado da judicialização impacta diretamente na execução eficiente dos serviços em saúde prestados pelo SUS, haja vista o exposto desvio de finalidade dos recursos financeiros que passam a beneficiar uma pequena parcela da população em detrimento da coletividade que necessita do sistema público de saúde.

Deste modo, esta pesquisa sugere que pode ser aceitável certa prudência pelo Poder Judiciário no julgamento de ações judiciais que pleiteiam ações e serviços de saúde não previstos no sistema público, visto a expressiva limitação dos recursos financeiro e orçamentário do SUS.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI nº 8.080/1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 15 de março de 2021

BRASIL. LEI nº 8.142/1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 15 de março de 2021.

CARLI P. de, NAUNDORF B. A aplicação do princípio da solidariedade na judicialização da saúde a partir dos princípios do SUS, da fixação de entendimento pelo STF e da trajetória do Rio Grande do Sul. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2019 jul./set.; 8(3): 112-130. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v24n6/1413-8123-csc-24-06-2167.pdf>. Acesso em: 20 março. 2021.

CHAGAS, C.P., SANTOS, F.P. Efeitos do gasto com a judicialização da saúde no orçamento da Secretaria Estadual de Saúde do Distrito Federal entre 2013 e 2017. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, 2018 abr./jun, 7(2):147-172. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/496/543>. Acesso em: 18 de março de 2021.

DOMINGOS L.O., ROSA GFC. O direito fundamental e coletivo à saúde no contexto da judicialização. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2019 abr./jun.; 8(2): 82-99. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/524/593>. Acesso em: 20 março 2021.

FLECK, Marcelo, et al. "Aplicação da versão em português do instrumento de avaliação de qualidade de vida da Organização Mundial da Saúde (WHOQOL-100)." *Revista de Saúde Pública* 33 (1999):198-205. Disponível em < <https://www.scielo.org/article/rsp/1999.v33n2/198-205/>>. Acesso em: 18/de março de 2021.

MAGALHÃES, A.S.F. Atuação do Poder Judiciário do Distrito Federal no fornecimento de medicamentos não padronizados no SUS. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, 2015 jul./set.; 4(3): 3-24. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/159/361>. Acesso em: 18 março 2021.

MORAES, D.S., TEIXEIRA, R.S., SANTOS, M.S. Perfil da judicialização do Método Therasuit e seu custo direto no âmbito do Estado de Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, São Paulo, vol. 22, 2019 mar. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbepid/v22/1980-5497-rbepid-22-e190006.pdf>. Acesso em: 18 março 2021.

EXISTE ALGO DE GRAÇA? EDUCAÇÃO FISCAL, CONSTITUIÇÃO E EMANCIPAÇÃO CIDADÃ

KELLEN CRISTINA GONÇALVES DOS SANTOS MELO

Resumo: Este estudo evidencia que a responsabilidade social dos tributos nasce em uma perspectiva histórica de nossas constituições. Desde a primeira em 1824, perpassando das outorgadas e promulgadas constituições até a atual 1988. Isto demonstra os trabalhos dos juristas em inserir o cidadão não apenas com caráter pagador de tributos, mas cidadãos ativos e conscientes para com a cidade em que vivem. E cabe a educação fiscal promover esta consciência social por meio da educação desde a primeira fase do ensino fundamental. Assunto este, traz percepções e reflexões sociais e críticas para a sociedade que se pretende construir. Esteira os diversos aparatos de intencionalidade da educação em inserir no indivíduo em formação, os caminhos para construção de um perfil de sociedade futurista – autorresponsabilidade social e fiscal. Aspecto, que não se trata de concordar com a carga tributária imposta em nosso território nacional, mas conscientizar que o “de graça” não existe e não existirá. Em tudo que há no estado como qualquer alternativa de prestação de serviços públicos, perpassa pelas contribuições de cada cidadão brasileiro. Mostra-se devaneios da sociedade atual no que tange as condutas da autopromoção em detrimento de outrem e até mesmo o Estado como mantenedor do bem-estar social. Assim, a necessidade de ensinar a mais tenra idade valores morais, sociais e políticos como base educacional já proposta pela LDB - Lei de Diretrizes e bases da Educação Nacional – 9394/96, consoante as suas atualizações. Desafio de praticar a educação de crianças para se evitar de punir adultos, inserindo como parte integrante do cidadão responsável emancipado.

Palavras-chave: Educação Fiscal. Constituição. Cidadão. Educação. Emancipação.

INTRODUÇÃO

Este trabalho vem salientar a importância da educação fiscal no ensino fundamental para a emancipação cidadã. No prisma da educação de valores humanos e nos demais componentes curriculares oficiais.

A educação fiscal apresenta um ensino formal de acordo com a nossa constituição na perspectiva do exercício da cidadania e uma composição para o pleno desenvolvimento humano. O art. 205 da Constituição Federal prediz:

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. (CF/1988)

Evidenciar-se a educação fiscal sendo parte integrante para emancipação cidadã, onde diante do conhecimento, o indivíduo se torna corresponsável pela cidade que se pretende construir e sua postura significativa diante da sociedade. Isto em sintonia com reflexões que baseiam esta linha de estudo. Com a finalidade de promover a consciência cidadã ao prisma constitucional por meio da educação fiscal.

METODOLOGIA

Diante da convivência particular com a educação de forma prática e com trabalho simultâneo com tributos, emergiu-se a necessidade de levantar esta reflexão. Logo, este trabalho se fundamenta nas constituições em sua evolução histórica na visão fiscal, reflexão da função social dos tributos por meio de análise de documentos já difundidos em âmbito nacional. E ainda, pautada em pesquisas de literaturas acadêmicas que tem caráter fiscal com estudos de grandes avanços teóricos x práticos, para a sociedade que se apresenta em constante mutação.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS: DIREITO A EDUCAÇÃO

Pitágoras, cerca de 500 A.C, pai do conceito de Justiça, norteadora do Direito, declarou: educai as crianças e não será preciso punir os homens. Educação perpassa pelo ideal jesuítico de catequização, idealização de condutas sociais a qual se pretendia incorporar no dia a dia da sociedade. Segundo Paulo Freire não existe educação neutra, toda neutralidade afirmada é uma opção escondida (1999).

Em meados do mês de março de 1549, os Jesuítas colocaram em funcionamento a primeira escola em solo brasileiro com conhecimentos elementares como ler, escrever, contar e cantar dirigido por Vicente Rodrigues com 21 anos de idade. Eles entendiam a educação como dupla missão, catequizar e ensinar as primeiras letras. Mas a finalidade era formar a Companhia de Jesus.

Decorrido o tempo, na Constituição Federal de 1824 o sistema de ensino passou por avanços e retrocessos em forma de organização de Estado, ainda que imperialista. Sistema que denotava a necessidade de mudança na forma pensar. Isto, porque a sociedade é um organismo em constante mutação de valores e princípios éticos e morais. Deviam se pensar em uma nova forma de educação para desenvolvimento econômico e social num cenário nacional.

Assim, com a constituição citada no parágrafo anterior, nasce o direito à educação em seu art. 179 CF/1988, agregando direitos civis e políticos. Era nítido o contraste entre o que se via no regime conservador do Império e os ideais de características liberais a nossa constituição influenciada pela Revolução Francesa. Dessa forma, nasce o Ordenamento Jurídico de 1891 que substitui o sistema monárquico pelo republicano. Este, assim como a Carta de 1824 garantiam direitos civis e sociais aos cidadãos brasileiros.

Em 1934, a Constituição Promulgada reconhece a educação como garantia constitucional assim como a família e cultura. Vincula repasses dos cofres públicos a fim de promover a educação enquanto Estado. Procedimento este que promoveu a ensino como direito e obrigação enquanto ente federativo.

Marcos Augusto Maliska enfatiza o fato de a Constituição considerar o direito à educação como um direito subjetivo público, ao afirmar:

Pela primeira vez, em texto constitucional, o direito à educação foi elevado à categoria de direito subjetivo público, nos termos do art. 149: A educação é um direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana. (2001, p. 26)

A constituição de 1937 apresentava um caráter concentrador, evidenciando o regime autoritário que se instalara, conforme observa Pedro Calmon:

Pelo golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, o governo do Sr. Getúlio Vargas substitui a Constituição de 16 de julho de 1934 pela Carta então outorgada. Feita sem a colaboração dos partidos nem as injunções da opinião, a carta de 10 de novembro havia de refletir, em verdade refletiu, o espírito autoritário, de governo forte, ou “Estado Novo”, afinal anti partidário (o Presidente da República como chefe da política nacional). Estabeleceu a preeminência incontestável do Executivo. (1954, p.14)

Interessante dizer que os pais ou responsáveis deveriam invocar o auxílio do Estado para garantir a subsistência de suas famílias. Então em 1946 nasce o texto constitucional a educação como direito nos princípios de liberdade e nas ideias de solidariedade humana, garantindo uma identidade nacional conforme disposto no art. 168 da mesma.

Até o surgimento do atual texto normativo em 1988, configura a educação como direito de todos e dos demais direitos sociais, a qual eleva a ensino formal a patamar de direitos fundamentais e de sociedade que se pretendi visualizar.

Jose Afonso da Silva, demonstra o seguinte conceito de direitos sociais:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (2000, p. 199)

Assim, o direito à educação foi inserido no Título VIII da Constituição Federal/88, que trata da Ordem Social. Especificamente no art. 205, o ordenamento estabelece que a educação

tem, entre seus objetivos, o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Dessa forma, voltar a concepção de educar crianças evitará de punir os homens como Pitágoras afirmara, trata de intenções educacionais desde os Jesuítas.

2 EDUCAÇÃO FORMAL E EDUCAÇÃO FISCAL

A educação formal em sua concepção significa aquela educação institucionalizada, não podendo se desvincular da educação fiscal que pode ser atuante no ensino formal dentro de todos os componentes curriculares.

O grande desafio aqui é sistematizar a educação fiscal em grau de relevância social tanto quanto as artes, história, ciências entre outros. Trata-se de uma ciência de prevenção social para atos de corrupção e promoção de cidadãos dotados não só de conhecimentos básicos, mas conscientes e atuantes, sabedores de seus direitos e obrigações perante o Estado.

Em vários livros didáticos, e em suas diversas amplitudes trabalham com metodologias de projetos para educação financeira. Estes por sua vez direcionados na BNCC de 2017 (2017, p.20). Ponto importante para conscientização daquilo que se ganha, gasta e empreende. A educação fiscal inclusa na BNCC (Base Nacional Comum Curricular) como tema transversal foi uma grande conquista, vista já direcionada pela LDB 9394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Mas observa-se que existe ainda esta lacuna quanto a educação fiscal para o ensino fundamental (PORTAL DO MEC- GOVERNO FEDERAL, 2017).

A fala de Fabiana Baptistucci, Diretora de Educação da Escola de Administração Fazendária (ESAF) “Hoje, as pessoas não têm consciência cidadã participativa, e isso tem que mudar” e ainda afirmou “O tributo deve ser entendido como essencial para a construção do bem comum que a sociedade vai usufruir” (PORTAL DA RECEITA – GOVERNO FEDERAL, 2017).

Importante a fala da Diretora, pois a população deve reconhecer o pagamento dos tributos como investimento de qualidade de vida. O sistema de arrecadação e a maneira como retorna em forma de serviços à população é o papel da educação fiscal.

Propiciar o conhecimento fiscal às crianças e adolescentes garantirá a formação de uma sociedade consciente dos seus direitos e deveres, mudando, conseqüentemente, a cultura intrínseca de rejeição quanto ao pagamento de tributos.

Educação formal, portanto, não desvincula de educação fiscal, pois promovem a mesma intencionalidade de formação cidadã e autonomia responsável pelos seus atos civis. Esta educação formalizada e efetiva em todos os responsáveis por educação segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (LBD 9394/96)

Devem, portanto, promover um pacto de compromisso social para as condutas éticas, morais e sociais quanto a educação fiscal.

3 EDUCAÇÃO FISCAL E VALORES

É evidente em nossa sociedade que as pessoas de modo geral querem levar vantagem em todos os âmbitos sociais. Vantagem esta, que ofende pilares norteadores da educação segundo a Jacques Delors, professor, político e econômico francês - UNESCO – **Aprender a Conhecer; Aprender a ser; aprender a fazer e Aprender a conviver**. A intencionalidade de uma educação futurista.

Os pilares da educação em valores baseiam-se no tipo de homem que queremos formar. Um homem capaz de ter discernimento de suas próprias conclusões. E que essa autodescoberta seja eficiente. Configurar seus próprios juízos de valor com responsabilidade, ética, sensibilidade de forma que a descoberta seja para contribuir com desenvolvimento de personalidade e talento. Promover a solução de problemas, fazer escolhas conscientes com atuações mais adequadas para situações incertas. Ou seja, atuação como cidadão no mercado de trabalho. Conviver baseado na empatia, tolerância e respeito – viver em sociedade visto que somos seres gregários e quanto mais harmonioso, melhor para todos.

Mostra-se a educação com formação holística, em todas as dimensões possíveis. Tratando como um ser indivisível com as multipossibilidades nos aspectos éticos e estéticos da vida.

Sabido das múltiplas inteligências desenvolvida por Howard Gardner que observa as inteligências em diferentes áreas do conhecimento como lógico matemática, linguística, musical, espacial, cinestésico – corporal, interpessoal, intrapessoal, naturalista, existencial. Observando as possibilidades de inteligências desenvolvidas por Gardner possibilita que a

educação fiscal incorpore a amplitude de inteligências desde a tenra idade. Isto de forma lúdica e pautada em um compromisso social.

Como estamos em constantes mutações sociais e com possibilidades de conhecimento bastante diversificado e *hi-tec*, a educação fiscal caminha juntamente com educação de valores sociais, pessoais e políticos. A intencionalidade de formação nacional para educação fiscal precisa ser expandida em toda a federação.

3.1 VALORES E CIDADANIA

Os aparatos constitucionais e valores humanos desenvolvidos na educação fiscal possibilita a emancipação cidadã. E diante do cenário caótico que vivemos de pandemia pelo covid-19, ocorreu várias metamorfoses sociais quanto aos cidadãos. Divulgado em imprensa nacional em meados de maio/2020 quando se concedeu auxílio emergencial pelo Governo Federal para aqueles que diante dos lockdowns ficaram sem meio de subsistência, vários cidadãos que não foram afetados pela pandemia requisitaram um benefício, sem necessidade. Paisagem esta que não mudou diante da chegada das vacinas, isto no início de 2021. Ditos furadores de filas de prioridades, “xepa” das vacinas, declaração de amor vacinal evidenciou a calamidade de indivíduos estão em sociedade sem responsabilidade coletiva.

Educação fiscal não salvará a humanidade de suas condutas desumanas, isto seria insano. Mas mostrar as diferentes perspectivas para a promoção de uma educação mais emancipativa é um pacto de colaboração educacional. A corrupção, mentiras, subornos, improbidades administrativas existirão, não se pode pintar colorido a paisagem cinza que já está arraigada na sociedade.

Dessa forma, a reflexão precede a qualquer indício de ações efetivas. Pensar de modo preventivo foi uma concepção desde que nos entendemos como população brasileira. A intencionalidade deve-se sair da neutralidade de senso comum e partir para políticas públicas planejadas e repensadas.

Interessante refletir como afirma a professora e escritora Cíntia Chagas em entrevista “não se pode falar de elemento neutro para uma exímia minoria – PSEUDO INCLUSÃO que tem seu papel de importância social, se vamos excluir cegos, surdos, dislexos.” Apesar de ela afirmar sobre a língua e conceitos binários, este conceito se amplia. Não pode privar o conhecimento em Educação Fiscal no submundo de uma realidade palpável todos os dias por

indivíduos em pleno exercício de cidadania em conta de uma pequena minoria (redundante intencional) que deturparam o aspecto colaborativo das funções sociais dos tributos.

4 EDUCAÇÃO FISCAL E POSSIBILIDADES

Integridade impõe que os meios devem ser justos, para os fins serem justos. - Fala da presidente do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge (2018).

Mostra-se, de modo prático, a educação evoluiu com clareza das origens e destinação consciente dos tributos, e o cidadão se torna mais participativo quanto as ações propostas em suas cidades.

Há metodologias consideradas eficazes para acomodação de conhecimentos aos temas transversais propostos na BNCC - resolução n 2 do Conselho Nacional de Educação (2017). De modo prático e efetivo seria a metodologia de Projetos – forma com a qual possibilita diferentes maneiras de assimilação e acomodação de conceitos da educação fiscal. Projetos desenvolvidos por aqueles que aderem a causa como causa futurista, assim como a educação para trânsito; educação ambiental; educação financeira é a educação fiscal. Segundo esses autores:

A função do projeto é favorecer a criação de estratégias de organização dos conhecimentos escolares em relação a: 1) o tratamento da informação, e 2) a relação entre os diferentes conteúdos em torno de problemas ou hipóteses que facilitem aos alunos a construção de seus conhecimentos, a transformação procedente dos diferentes saberes disciplinares em conhecimento próprio (HERNANDEZ & VENTURA, 1998, p.61).

Com a metodologia de projetos locais, nas escolas, os alunos em si, dispersam da posição de indivíduos ditos passivos e se colocam como sujeitos que querem participar, criar, modificar. E o professor se locomove do transmissor e centralizador, para o facilitador e/ou mediador da aprendizagem, que é negociar, equilibrar, ajustar.

Entende-se também à projetos com amplitudes a nível de Estado que são as Políticas Públicas voltadas a área educacional ou até mesmo parcerias público x privado promovendo incentivos fiscais às escolas que implementarem educação fiscal como eixo de conquista social com resultados satisfatórios. Visto que em diversas áreas como teatro, música, dança, igrejas, associações, sindicatos, igrejas – quaisquer cultos, clubes de esportes recebem incentivos fiscais por promoverem contrapartidas sociais (art. 150, CF/1988). As escolas de modo geral, fornecem

imensurável valor cultural aos cidadãos em formação. Esse engajamento desafia as práticas políticas educacionais bem como valores de uma sociedade.

Portanto, a citação do Professor Ms. Francisco Sales em seu artigo sobre a fala Max Weber (1864 – 1920), cientista social, prediz que a sociedade não é apenas uma “coisa” exterior e coercitiva que determina o comportamento dos indivíduos, mas o resultado de inúmeras interações interindividuais. A sociedade não é aquilo que pesa sobre os indivíduos, mas aquilo que se veicula entre eles. Nesse sentido, a realidade não é uma coisa em si. Ela ganha um determinado rosto conforme o olhar que você lança sobre ela ganha sentido. Entende ainda o referido autor que os valores sociais são compartilhados, mas são introjetados (subjetivados) de modos distintos, conforme o processo de interação em que o indivíduo está inserido.

Educação fiscal é algo novo quanto a acervos bibliográficos, mas de inúmeras possibilidades e estudos sociais para a efetividade que se quer construir. Demonstrar meios para promover essa educação deve ser um estudo doravante com probabilidades técnicas e metodológicas para eficiência do ensino de educação fiscal. Não se trata de um componente curricular fechado para conclusão a curto prazo de validade, mas o início sem promessa de fechamento de conteúdos pré-elaborados.

Dessa forma, caminhos de construção para uma sociedade consciente de seus direitos e deveres vêm pelo poderoso saber daquilo que se encontra na estrada, ou seja, a realidade de cada sujeito político. Assim, a integração do sujeito de direito, escola, governo e sociedade para fins convertidos em práticas de complementariedade aos processos coletivos promovem as características de povo do futuro

CONCLUSÃO

Este ensaio teve como objetivo o estudo da evolução histórica da educação na perspectiva de formação fiscal no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a responsabilidade da educação quanto a promover o conhecimento social dos tributos para a democracia e cidadania.

Mostrou as partes relevantes da trajetória da educação desde os Jesuítas até a BNCC (Base Nacional Comum Curricular), em tese, a sociedade que queremos – como citado no preâmbulo de nossa Constituição Federal:

(...)destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional (...) (CF, 1988) grifo nosso

Espelhou a educação como direito de todos e dos demais direitos sociais, a qual elevou o ensino formal a patamar de direitos fundamentais e de sociedade dentro dos processos políticos, sociais e individuais. E como fundamental, a educação formal estabelece meio imprescindível para a promoção da efetividade da educação fiscal. O ambiente normatizado para aplicação da formação em valores humanos, promovendo a ressignificação social dos tributos.

Tratou-se de um grande avanço, pois o liberalismo, que possui a crença ingênua de que a educação pode mudar a sociedade, e do marxismo, para quem a escola é apenas um agente passivo da classe dominante, a teoria crítica freiriana acredita que se a educação não pode tudo, alguma coisa fundamental a escola pode fazer (CORTELLA, 1998).

Se a escola pode fazer, a intencionalidade evidenciada em toda pesquisa sabe a finalidade de suas ações para as futuras gerações, ampliando o conceito de democracia e a prática cidadã ganha força. Com as metodologias de projetos e políticas públicas voltadas para a educação fiscal torna um caminho de multipossibilidades para a construção social que queremos. Essas percepções e reflexões edificam o perfil de sociedade futurista de autorresponsabilidade fiscal.

Conhecendo que a educação fiscal se torna parte integrante para o cumprimento de formação holística em promover a ativação do cidadão como animal político com valores sociais acima da visão capitalista.

Visualizamos que a perspectiva “de graça” em prestação de serviços públicos inexistente, toda oferta pública tem custo, custo este que é parte colaboração dos tributos que pagamos. E conscientizar por meio da educação desde a mais tenra idade é um modo profilático de futuros contribuintes responsáveis pela sua cidade e seu povo.

Conclui-se, por fim, que a estrada que fica aberta para grandes caminhadas e as readaptações ao ambiente coletivo mutável. Chamar à humanidade o sujeito humano, isto para sair do eucentrismo para o pensamento coletivo – cidadania responsável tem caráter emergencial. Desafio de praticar a educação de crianças para se evitar de penalizar adultos, munidos de conhecimentos necessários para o exercício da democracia plena.

REFERÊNCIAS

HERNÁNDEZ, Fernando; VENTURA, Montserrat. A organização do currículo por projetos de trabalho: o conhecimento é um caleidoscópio. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

MALISKA, Marcos Augusto; 2001. O Direito à educação e a constituição. Imprensa: Porto Alegre, S.A. Fabris, 2001.

KLEIN, Luís Fernando. História da Educação Jesuíta no Brasil. Maio, 2016. Disponível em:<<http://www.redejesuitadeeducacao.com.br/educacaojesuita/historia-da-educacao-jesuita-no-brasil/>> Acesso em: 11 jan. 2021.

LUNA, Débora de Oliveira Lopes do Rego et al... História do Direito à Educação nas Constituições Brasileiras: de 1824 à constituição de 1988. Artigo Anais IV CONEDU... Campina Grande: Realize Editora, 2017. Disponível em:<<http://www.editorarealize.com.br/artigo/visualizar/37123>> Acesso em: 11 jan. 2021.

BNCC. Base Nacional Comum Curricular. 2017. Disponível em:<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf> Acesso em: 11 jan. 2021

RECEITA FEDERAL. Educação Fiscal. Educação Fiscal Ajuda a Alavancar Desenvolvimento do País. Disponível em:<<https://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/direitos-e-deveres/educacao-fiscal/naf/pagina-antiga/noticias/2017/12dezembro/cidades-politica-brasil-economia-mundo-esportes-entretenimento-ciencia-saude-eu-estudante-concursos-classificados-blogs-cidades-politica-brasil-economia-mundo-entretenimento-ciencia-saude-eu-estudante-concursos-blogs-superesportes-tecnologia-turismo>> Acesso em: 12 jan. 2021.

COLEGIO ERASTO GAERTNER. Os 4 Pilares da Educação da Unesco. 13 nov. 2019. Disponível em:<<https://www.erasto.com.br/noticias/pilares-da-educacao-da-unesco>> Acesso em: 12 jan. 2021.

BARROS, Jussara. Inteligências Múltiplas – Novo Conceito em Educação. Disponível em:<<https://educador.brasilecola.uol.com.br/orientacoes/inteligencias-multiplasnovo-conceito-educacao.htm>> Acesso em: 12 jan. 2021.

CHAGAS, Cíntia. Opinião no ar, REDETV. 19 fev. 2021. Disponível em:<<https://www.redetv.uol.com.br/jornalismo/OpinioNoAr/videos/opinio-no-ar/amigue-professora-critica-uso-da-linguagem-neutra-desnecessario>> Acesso em: 23 fev. 2021.

LDB, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm> Acesso em: 24 fev. 2021.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 24 fev. 2021.

Dodge, Raquel. CNMP. Integridade Impõe que os Meios Devem ser Justos, para os Fins Serem Justos. 13 set. 2018. Disponível em:< <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11545-integridade-impoe-que-os-meios-devem-ser-justos-para-os-fins-serem-justos-diz-raquel-dodge-em-congresso-do-cnmp>> Acesso em: 10 mar. 2021

RODRIGUES, Alberto Tosi. Sociologia da Educação. 6. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2007. Disponível em:<<https://pedagogiaaopedaletra.com/sociedade-educacao-desencantamento-max-weber/>> Acesso em: 10 mar. 2021

CAMPOS, Judas Tadeu. Não Existe Educação Neutra. 05 out. 2009. Disponível em: [https://blogdaformacao.wordpress.com/2009/10/05/nao-existe-educacao-neutra/#:~:text=%E2%80%9CPara%20Paulo%20Freire%20\(1999\),e%20reproduz%20injusti%C3%A7as%20da%20sociedade.&text=Assim%2C%20o%20educador%20tem%20um,mulher%20em%20sujeitos%20da%20Hist%C3%B3ria.](https://blogdaformacao.wordpress.com/2009/10/05/nao-existe-educacao-neutra/#:~:text=%E2%80%9CPara%20Paulo%20Freire%20(1999),e%20reproduz%20injusti%C3%A7as%20da%20sociedade.&text=Assim%2C%20o%20educador%20tem%20um,mulher%20em%20sujeitos%20da%20Hist%C3%B3ria.) Acesso em: 17 abr. 2021

RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CASO DE BRUMADINHO/MINAS GERAIS, SOB OS ASPECTOS DO DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

LEILIANY ALCÂNTARA MAIA

Resumo: Trata-se dos tipos de responsabilidade envolvidas no caso de Brumadinho, Minas Gerais. Logo, faz-se uma análise da realização do processo de punição, considerando as esferas cível, administrativa e até criminal, que por vezes é ineficaz, permanecendo o indivíduo sem a punição adequada pelos seus atos. A ideia da pesquisa bibliográfica traz conhecimentos a respeito do tema com a integralização de materiais bibliográficos diversos que já tenham sido publicados para colocar em discussão os diferentes posicionamentos e dados que garantem o bom desenvolvimento do estudo de caso paralelo a teoria. Passa-se a descrever conceitos e definições, incluindo também exemplos, de modo a discorrer sobre o assunto clareando pressupostos e títulos relacionados a danos ambientais. Seguindo o tipo de ordenamento jurídico brasileiro, o meio ambiente é protegido em diferentes esferas, sendo citado pela Constituição Federal, entretanto tendo também para si legislação específica que facilita a proteção ambiental. Vale ressaltar, que não é utilizada metodologia experiencial, uma vez que a proposta do trabalho não é relatar situações ocorridas, pautando-se apenas nos conhecimentos da pesquisa em desenvolvimento. A estrutura do presente trabalho se divide em abordagem do histórico do desastre de Brumadinho e o tratamento de responsabilidades cíveis, administrativas e penais em consequência dos danos ambientais causados.

Palavras-Chave: Responsáveis. Tragédia. Danos Ambientais. Meio Ambiente.

INTRODUÇÃO

No que se diz respeito à níveis nacional e internacional preocupa-se muito com os cuidados ao meio ambiente, mais especificamente com a fauna e flora. Para efetivar a preservação necessário se faz trazer imposições no ordenamento jurídico brasileiro para sancionar aqueles que agredem o meio ambiente, como, a Lei n. 9.605/1998 – Lei dos Crimes Ambientais.

Ocorre que, mesmo diante dessa legislação ainda perduram casos irracionais de imenso desrespeito, sendo, portanto, indispensável o conhecimento sobre a aplicação da Lei dos Crimes Ambientais. Em continuidade, a Constituição Federal (CF) de 1988 trouxe no texto de seu artigo 225 o dever da preservação ambiental, destrinchando sobre o cuidado do meio ambiente de modo que se mantenha ecologicamente equilibrado, não somente para o momento atual, como para as gerações futuras.

O Brasil traz também, além da disposição na CF, as especificações de uma legislação que cuida de crimes que agredem o meio ambiente, sendo ela considerada extremamente rigorosa, variando desde advertência a restrição de liberdade do indivíduo. Em observação,

compreende-se a relevância da discussão do tema para responsabilizar, a pessoa jurídica pelos denominados crimes ambientais, visto que esta é também motivadora de danos.

Um exemplo desses crimes é o ocorrido em Brumadinho, Minas Gerais. Logo, torna-se importante fazer uma análise da realização do processo de punição, levando em consideração os diferentes tipos de responsabilidades envolvidas, quais sejam: cíveis, administrativas e criminais, que por vezes são ineficazes, permanecendo o indivíduo sem a punição adequada pelos seus atos.

Cumprir ressaltar, que as ilicitudes destinadas ao meio ambiente vão além da afetação individual, alcançando assim a coletividade. Além disso, o direito de conviver em ambiente equilibrado e saudável é trazido pela CF, sendo resguardado aos cidadãos de forma ampla.

Nessa perspectiva, o objetivo geral do presente estudo de caso é perceber a essencialidade da aplicação da legislação de proteção ao meio ambiente, tendo como objetivos específicos estudar o caso de Brumadinho-Minas Gerais, elencando cada tipo de responsabilidade envolvida na situação compreendendo a ideia de autores renomados com relação ao caso específico.

A estrutura do presente trabalho se divide em abordagem do histórico do desastre de Brumadinho e o tratamento de responsabilidades cíveis, administrativas e penais em consequência dos danos ambientais causados.

Mediante o exposto, a legislação prevista para proteção do meio ambiente que determina sanções variadas para os agentes de crimes ambientais é efetiva na punibilidade? E quais são as sanções desta legislação aplicáveis aos casos de desastres ambientais com envolvimento de mineradoras, como a de Brumadinho?

É o que se pretende responder.

METODOLOGIA

Desenvolve-se o estudo a partir de pesquisas aprofundadas sobre a preservação do meio ambiente, tendo como fundamentação a inserção das responsabilidades cíveis, administrativas, e criminais envolvidas no caso de Brumadinho, colocando-se em prática as pesquisas: exploratória e bibliográfica, ou seja, o efetivo de levantamento de informações que tendem a aumentar a familiarização do tema, e assim progredir com a constante formulação de hipóteses precisas. No mesmo sentido, a ideia da pesquisa bibliográfica traz conhecimentos a respeito do tema com a integralização de materiais bibliográficos diversos que já tenham sido

publicados para colocar em discussão os diferentes posicionamentos e dados que garantem o bom desenvolvimento do estudo de caso paralelo a teoria.

Passa-se a descrever conceitos e definições, incluindo também exemplos, de modo a discorrer sobre o assunto clareando pressupostos e títulos relacionados a danos ambientais. Vale ressaltar, que não é utilizada metodologia experiencial, uma vez que a proposta do trabalho não é relatar situações ocorridas, pautando-se apenas nos conhecimentos da pesquisa em desenvolvimento para que desta forma seja possível falar do conceito e de acontecimentos específico com conteúdo predisposto como basilar.

1 CASO DE BRUMADINHO

1.1 Histórico

No dia 25 de janeiro de 2019, na cidade de Brumadinho, região metropolitana de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, uma barragem de rejeitos de minério pertencentes à Mineradora Vale S. A. se rompeu, mais especificamente a barragem 1 da mina do Córrego do Feijão. Em conformidade com última nota emitida pela Defesa Civil do Estado, houve o resgate de 179 corpos, alguns despedaçados, além de aproximadamente 129 pessoas que estariam desaparecidas, nesta época ainda sem prazo de encerramento das buscas (LIMA e SILVA, 2019).

De acordo com pesquisa apresentada por Lima e Silva (2019), aproximadamente 11,7 milhões de m³ de rejeitos foram dispostos, ou seja, quantidade suficiente para comprometer boa parte de vegetação e chegar também ao Rio Paraopeba. Sabe-se ainda, consoante nota divulgada pelo Instituto Estadual de Florestas (IEF):

A área total ocupada pelos rejeitos, que parte da barragem B1 até o encontro com o Rio Paraopeba, foi de 290,14 hectares (em 9 km de distância, entre a barragem da mineradora e o Rio Paraopeba), sendo que deste total, a área da vegetação impactada correspondeu a 147,38 hectares.

Para se ter uma melhor ideia da área afetada, a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento (SEMAD) comparou-a com aproximadamente 300 campos de futebol.

Destaca-se que em questão de afluentes (curso de água que deságua em rio principal), do Rio São Francisco, o Rio Paraopeba seria um dos principais, bem como um dos mais relevantes pertencentes à bacia hidrográfica do país, afetando deste modo, a qualidade de água e por consequência de vida daqueles que dela utilizam.

O Procurador-Geral do Ministério Público Estadual de Minas Gerais (MP-MG), à época, Antônio Sergio Tonet, pediu o bloqueio de valores disponíveis nas contas da mineradora Vale S. A. para que pudessem pagar as despesas ambientais posteriormente ao caso, alegando inclusive que esta barragem já havia sido investigada anteriormente.

Diante da situação, a justiça de Minas Gerais não viu outra forma, senão bloquear as contas da empresa responsável, consequentemente, no dia 26 de janeiro de 2019 foi bloqueado cerca de cinco bilhões de reais, como declarado pelo MP-MG. Importante ressaltar, que o governo de Minas já havia pedido o bloqueio de um bilhão de reais em contas da mineradora, que em contrapartida, requereu que fosse feito o depósito do valor ao invés de bloqueio nas contas.

Algumas das medidas apresentadas pelo MP-MG (2019) para comprovar que já haviam sido tomadas medidas frente a situação foram:

1. Inquérito Civil 0090.19.000014-2: em andamento desde 26 de janeiro de 2019, a investigação visa levantamentos em relação aos danos ambientais verificados em decorrência do rompimento da Barragem 1 na Mina Córrego do Feijão, para a tutela da vida animal, objetivando a colheita das provas necessárias à adoção de providências para a reparação dos danos;
2. Procedimento Investigatório Criminal MPMG-0090.19.000013-4: este visa à apuração da responsabilidade pelo rompimento da barragem córrego do Feijão, com diligências requeridas desde 04 de fevereiro de 2019;
3. Inquérito Civil MPMG-0090.19.0000120-6: com a finalidade de levantamento de vítimas da ruptura das barragens de rejeitos da Mina Córrego do Feijão e providências para salvaguarda de seus direitos, instaurado em 25 de janeiro de 2019;
4. Ação 0001827-69.2019.8.13.0090: com objetivo de garantir o abrigo das famílias removidas pela Defesa Civil de suas moradias em imóveis, hotéis e pousadas, e para isso o bloqueio de R\$ 5 bilhões das contas da mineradora Vale S/A;
5. Ação 0001835-46.2019.8.13.0090: visando o bloqueio de R\$ 5 bilhões da mineradora Vale S/A para garantir a adoção de medidas emergenciais e a reparação de danos ambientais.

Observa-se que no dia 15 de fevereiro de 2019, foram providenciadas medidas mais drásticas a pedido do MP-MG: a prisão de 8 funcionários que foram acusados de envolvimento em relatório e planejamento de ação de segurança da barragem B1. Ainda foram presos 2 gerentes e 4 integrantes de equipes técnicas responsáveis também pela barragem 1. Em paralelo foram cumpridos 14 mandados de busca e apreensão.

Com relação ao tempo da prisão, no que se diz respeito a prisões temporárias, todas foram decretadas com prazo de 30 dias, considerando em conformidade com o MP-MG

“fundadas razões de autoria ou participação dos investigados na prática de centenas de crimes ambientais e de falsidade ideológica” (2019).

2 RESPONSABILIDADES AMBIENTAIS

Seguindo o tipo de ordenamento jurídico brasileiro, o meio ambiente é protegido em diferentes esferas, sendo citado pela Constituição Federal, entretanto tendo também para si legislação específica que facilita a proteção ambiental, estando as sanções dispostas nas responsabilidades adotadas, quais sejam: cível, administrativa e criminal.

Em paridade com o texto supracitado, o artigo 225 da CF traz o seguinte texto em seu parágrafo 3º “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (CF, 1988).

De igual forma, a Lei de Crimes Ambientais (1998) elenca que o agente de crime ambiental deve ser sancionado em três áreas:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Para melhor explicar o porquê da imposição de três áreas a serem colocadas punições determinadas, o autor Antunes (2017, p. 555) ressalta:

As sanções penais e administrativas têm a característica de um castigo que é imposto ao poluidor. Já a reparação do dano reveste-se de um caráter diverso, pois através dela busca-se uma recomposição daquilo que foi destruído, quando possível. Relembre-se de que o direito brasileiro não reconhece os chamados “danos punitivos”. A grande dificuldade, evidentemente, não está nas sanções penais e administrativas, mas na obrigação de reparar o dano. Em que consiste tal obrigação? A prática judicial brasileira ainda não nos oferece uma resposta segura. O Direito Ambiental deve buscar o equilíbrio entre os diferentes aspectos que compõem o sistema de proteção legal do meio ambiente.

Isto posto, denota-se que a área cível faz referência a patrimônios. A área administrativa faz referência à limitação do administrativo, como, por exemplo, o suspender de atuação. Enquanto isso, a área criminal versa sobre possíveis restrições de liberdade dos agentes dos crimes.

2.1 Da Responsabilidade Civil

Para Lima (2019) “a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva”. Dessa forma, entende-se que a culpa é excluída e adota-se o nexo de causalidade que se faz forte mediante teoria de risco integral, logo tornam-se não aplicáveis as excludentes da responsabilidade civil.

A Lei 6.938/81, também chamada Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) traz no artigo 14, parágrafo 1º “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade”.

Antunes (2017) destaca que a responsabilidade civil é de esfera constitucional. Entretanto, se analisada a CF em sua individualidade tornaria inviável para percepção da natureza da responsabilidade, subjetiva ou objetiva. Neste segmento, entra a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente que já deixa claro que mesmo sem comprovação de culpa, a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva (ANTUNES, 2017, p. 532).

Desse modo, entende-se que a responsabilidade civil objetiva ocorre quando a comprovação de culpa é prescindível, sendo necessário apenas a existência da relação de causalidade no meio da ação e do dano. Trata-se nesse caso de situação de dano ambiental onde a culpa torna-se irrelevante. Em que pese a responsabilidade subjetiva mantém-se a ideia contrária, visto que ela não dispensa a ideia de culpa, portanto, nesse caso a configuração se faz presente apenas quando o sujeito age com culpa ou dolo (GONÇALVES, 2016, p. 49).

Milaré (2013) descreveu que se encontra dois pressupostos base referentes à responsabilização civil, o evento danoso e o nexo de causalidade. O autor ressalta que o primeiro é “resultante de atividades que, de maneira direta ou indireta, causem a degradação do meio ambiente ou de um ou mais de seus componentes” enquanto no segundo “a Lei 6.938/81 (...) afasta a investigação e a discussão do elemento interno, mas não prescinde do nexo causal, isto é, da relação de causa e efeito entre a atividade e o dano”.

Como foi citada a teoria do risco integral no início deste tópico, é relevante a apresentação de consequências da objetivação de responsabilidade civil baseada nesta teoria, que por sua vez, é a utilizada no Direito Ambiental Brasileiro. Consoante abordagem de Lima e Silva (2019, p. 12) são elas: “prescindibilidade de investigação de culpa, irrelevância da

licitude da atividade, bem como a inaplicabilidade de excludentes e de cláusula de não indenizar”.

O autor Milaré (2013, p. 427) destaca:

[...] a primeira e importante consequência que a regra da objetividade enseja é afastar a investigação e a discussão da culpa do poluidor, com o que se casa, em boa medida, a indenidade vigorante no sistema da responsabilidade subjetiva. [...] irrelevância da licitude da atividade. Sim, pois uma atividade lícita pode vir a dar causa a um dano, assim como uma atividade ilícita não necessariamente enseja seu desenlace. É dizer: tão somente a lesividade é suficiente à responsabilização do poluidor. [...] inaplicabilidade do caso fortuito, da força maior, nem com a da ação exclusiva da vítima como exonerantes, e com a impossibilidade de invocação de cláusula de não indenizar. [...] Em outras palavras, com a teoria do risco integral, o poluidor, na perspectiva de uma sociedade solidarista, contribui – nem sempre de maneira voluntária – para com a reparação do dano ambiental, ainda que presentes quaisquer das clássicas excludentes da responsabilidade ou cláusula de indenizar. É o poluidor assumindo todo o risco que sua atividade acarreta: o simples fato de existir a atividade produz o dever de reparar, uma vez provada a conexão causal 13 entre dita atividade e o dano dela advindo. Segundo esse sistema, só haverá exoneração de responsabilidade quando: a) o dano não existir; b) o dano não guardar relação de causalidade com a atividade da qual emergiu o risco.

Para efetivar a ideia, quando se trata de danos ambientais a responsabilidade civil é objetiva, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou que esta tese é objetiva e estruturada pela teoria do risco integral. Logo, exclui-se a culpa e considera-se o nexo de causalidade, tendo como a teoria supracitada.

Entende-se que a fiscalização de lei para proteção do meio ambiente deve ser observada a todo tempo buscando a prevenção de possíveis danos. Com relação ao dano causado o agente aparece como sancionado, além de arcar com valores de recuperação do ambiente afetado, e quando não puder, a indenização existe em dinheiro para demonstrar que o agente não permanecerá impune diante dos prejuízos causados ao meio ambiente.

2.2 Da Responsabilidade Administrativa

O artigo 70 da Lei de Crimes Ambientais (1998) traz a seguinte redação “considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. A garantia da proteção do meio ambiente evolui com ações de caráter preventivo, repressivo e nos casos mais avançados, caráter reparatório.

Dentro da liberdade do Direito Ambiental as formas de garantia estariam respaldadas em dois tipos, conforme Milaré (2013, p. 339): a preventiva, onde são realizadas as avaliações

e o planejamento anteriormente, para perceber a qualidade de meio ambiente e a repressiva, que faz referência a medidas disciplinares ou de compensação.

O artigo 72 da Lei de Crimes Ambientais ressalta:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

X – (VETADO)

XI - restritiva de direitos.

§ 1º Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas.

§ 2º A advertência será aplicada pela inobservância das disposições desta Lei e da legislação em vigor, ou de preceitos regulamentares, sem prejuízo das demais sanções previstas neste artigo.

§ 3º A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo:

I - advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha;

II - opuser embargo à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 4º A multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

§ 5º A multa diária será aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo.

§ 6º A apreensão e destruição referidas nos incisos IV e V do caput obedecerão ao disposto no art. 25 desta Lei.

§ 7º As sanções indicadas nos incisos VI a IX do caput serão aplicadas quando o produto, a obra, a atividade ou o estabelecimento não estiverem obedecendo às prescrições legais ou regulamentares.

§ 8º As sanções restritivas de direito são:

I - suspensão de registro, licença ou autorização;

II - cancelamento de registro, licença ou autorização;

III - perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais;

IV - perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

V - proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos.

Para Lima e Silva (2019, p. 14) “a responsabilidade administrativa fundamenta-se na capacidade que têm as pessoas jurídicas de direito público de impor condutas aos administrados”. A própria Lei dos Crimes Ambientais (1998) traz nove tipos de penalidades administrativas:

Advertência; multa simples; multa diária; apreensão de animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade; demolição de obra; suspensão parcial ou total das atividades; restritivas de direitos as quais devem ser esclarecidas.

Nestes casos, analisa-se inclusive a condição financeira do agente, quando se tratar de aplicação de multa. Já a advertência, funciona como aviso preventivo e pedagógico, porém não pode ser entendida como uma sugestão qualquer. As multas simples e diária são as relacionadas à pecúnia, atingindo o patrimônio particular, ficando elas sob orientação de princípios como da legalidade e reserva legal. A diferença entre esses dois tipos de multa está na natureza, visto que a primeira é utilizada para casos instantâneos e a segunda quando se trata de casos em que há a presença de continuidade.

Como solução para o caso, coloca-se a proibição de barragens de alteamento a montante. Outra medida considerável é ser instituída política de monitoramento e gestão de barragens, fazendo tornar públicas as pesquisas de ruptura, também chamadas *dam break*. Essa ação de monitoramento deve ser contínua, utilizando acelerômetros, inclinômetros, satélites e radares, bem como piezômetros para aspectos tradicionais.

2.3 Da Responsabilidade Criminal

Em análise, denota-se que esse tipo de responsabilidade é atingido mais tarde que os demais, sendo também chamada sua natureza de *última ratio*, do Estado. Vale ressaltar, que a responsabilidade voltada para a área penal não está dirigida somente para prisão, mas em primeira opção a aplicação de penas restritivas de direito para evitar sempre que possível as privativas de liberdade, conforme texto da Lei 9.065/98.

De acordo com os textos dos artigos 7º e 8º da Lei de Crimes Ambientais:

Art. 7º As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:

I - tratar-se de crime culposos ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime. Parágrafo único. As penas restritivas de direitos a que se refere este artigo terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

Art. 8º As penas restritivas de direito são:

I - prestação de serviços à comunidade;

II - interdição temporária de direitos;

III - suspensão parcial ou total de atividades;

IV - prestação pecuniária;

V - recolhimento domiciliar.

Logo, encontra-se prioridade na ideia de deixar o agente causador de dano ambiental inserido a sociedade, fazendo-o pagar pelos atos restringindo alguns direitos durante tempo determinado. Essas penas são aplicadas de acordo com o tempo descrito na sentença, assim como as penas de crimes diversos, visando assim a conscientização do indivíduo.

Lima e Silva (2019, p. 18) destacam:

Entretanto, no recente caso de Brumadinho é possível perceber que ao menos o Ministério Público adota a corrente de que ambas as pessoas, física e jurídica, respondem pelos crimes ambientais ali ocorridos, pois, além de todas as sanções cíveis já explicitadas no presente, houve também pedido de prisões dos executivos da empresa Vale S.A. por crimes dentre os quais estão os ambientais. Quanto aos crimes propriamente ditos na Lei 9.605/98, têm-se os trinta e quatro tipos penais já mencionados, dos quais se pode citar o artigo 29: crimes contra a Fauna; artigo 38: crimes contra a Flora; artigo 54: Poluição e outros crimes ambientais; e, artigo 66: crimes contra a Administração Ambiental.

Em que pese ao caso de Brumadinho, a legislação se diferencia um pouco do comum no momento de aplicação, pois deve prezar a imparcialidade e o rigor essencial, para que o agente perceba o peso das sanções e não cometa infrações novas.

Sabe-se que, pouco tempo depois do fato, a empresa Vale S. A. teve quantia alta bloqueada pela justiça para assegurar a continuidade de aplicação da legislação vigente. Posteriormente, ocorreram prisões de responsáveis variados, desde empresários até técnicos de engenharia e ainda expedição de mandados de busca e apreensão.

CONCLUSÃO

A ideia do presente estudo de caso era explicar a responsabilidade envolvida em casos de tragédias ambientais que envolvem inclusive pessoas jurídicas, usando como exemplo, situação ocorrida em Brumadinho, Minas Gerais, sendo esta considerada terrível, considerando principalmente a quantidade de vítimas do acidente, podendo ser enxergado como um dos maiores desastres ocorridos no Brasil no que se diz respeito ao meio ambiente.

De início, foram feitos alguns questionamentos dos quais as respostas são muitas, sendo realizada para tanto uma divisão na discussão sobre o tema, a fim de facilitar a compreensão do assunto escolhido. O caso de Brumadinho deixou clara uma grande preocupação onde foram aplicados tipos diferentes de responsabilidade para aqueles considerados culpados. A princípio foi contada a história referente à tragédia, percebendo-se que, pouco tempo depois do fato, a empresa Vale S. A. teve quantia alta bloqueada pela justiça para assegurar a continuidade de aplicação da legislação vigente. Algumas multas também foram aplicadas, além de passar a haver proibição de serem criadas novas barragens pelo governo brasileiro, como a do Córrego do Feijão, bem como aumentar a fiscalização nas já existentes. Posteriormente, ocorreram prisões de responsáveis variados, desde empresários até técnicos de engenharia e ainda expedição de mandados de busca e apreensão.

Percebe-se, portanto, que a legislação foi aplicada no caso em questão, denotando-se também sua clara necessidade de aplicação e constante fiscalização a ser feita pelo Estado, pois em momento anterior já havia existido o caso de Mariana, que auxiliaria na prevenção da tragédia em Brumadinho.

Como soluções para o caso, a primeira já inserida e de grande relevância é a proibição de barragens de alteamento a montante. Entretanto, ainda existem no mínimo 88 com o modelo desconhecido ou mesma metodologia de construção. Outra medida considerável é ser instituída política de monitoramento e gestão de barragens, fazendo tornar públicas as pesquisas de ruptura, também chamadas *dam break*. Essa ação de monitoramento deve ser contínua, utilizando acelerômetros, inclinômetros, satélites e radares, bem como piezômetros para aspectos tradicionais.

A instituição da indispensabilidade de quantidade proporcional de engenheiros, além de geotécnicos e geólogos, do mesmo modo da segurança do trabalho. Outra medida interessante seria a terceirização da gestão de ativos para as empresas idôneas, considerando

recurso garantido e comprometimento com exigências. E para finalizar, a criação de um Fundo Soberano da Mineração para Desastres para proteção imediata de comunidades atingidas.

Em conclusão, resta entender que a fiscalização de lei para proteção do meio ambiente deve ser observada a todo tempo, para buscar a prevenção de possíveis danos. Com relação ao dano causado o agente aparece como sancionado, além de arcar com valores de recuperação do ambiente afetado, e em caso que não tenha essa possibilidade, a indenização existe em dinheiro, para assim demonstrar que o agente não permanece impune diante de causar prejuízo ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05-10- 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

_____. **Lei n. 9.605 - Crimes Ambientais**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

_____. **Lei n. 6.938 - Política Nacional do Meio Ambiente**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 12. Volume, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS. **IEF mapeia área de vegetação impactada pelos rejeitos**. Artigo, 2019. Disponível em <<http://www.ief.mg.gov.br/noticias/2587-nota-de-esclarecimento-12-desastre-barragem-b1>>. Acesso em 16 de abril de 2021.

LIMA e SILVA. Fabrício Wantoil e Mariana Misquita. **Responsabilidade por danos ambientais: Os desastres de Brumadinho e Mariana - Minas Gerais**. Disponível em <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/4814/1/Mariana%20Misquita%20e%20Silva.pdf>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 8. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO – MINAS GERAIS. **Caso Brumadinho: procedimentos de investigação instaurados e ações ajuizadas**. Meio Ambiente, 30/01/2019. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/caso-brumadinho-procedimentos-de-investigacao-instaurados-e-acoes-ajuizadas.htm>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.

OS REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS PARA OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

MARCELO LINS DE MOURA

Resumo: A presente pesquisa desenvolve-se sob o tema “os requisitos formais e materiais para os atos de improbidade administrativa”, tendo como norte a determinação do requisito em comum para que reste configurada a improbidade, e objetivo geral a definição dos atos de improbidade administrativa e seus requisitos. De maneira específica, fazer a análise do conceito de improbidade administrativa, dos princípios norteadores da administração pública, e o que ocorre quando não agem conforme dita a Lei nº. 8.429/92. A hipótese é que o ato de improbidade administrativa decorre da vontade do agente público, em outras palavras, o ato deve estar imbuído de má-fé para que reste caracterizado, haja vista que, se assim não o ser, somente é ato de um funcionário despreparado, é pura e simplesmente falta de competência técnica para gerir o serviço público. Justifica-se no tocante à relevância do assunto, a interdisciplinaridade da pesquisa, que abrange matéria cível, constitucional e administrativa, e que é voltada tanto para profissionais do ramo jurídico, quanto para a própria sociedade, haja vista que todos os cidadãos em determinado momento se utilizam dos serviços públicos e devem saber quais os direitos e deveres dos agentes enquanto exercem sua função, e de que forma eles são violados. Observa-se que o marco teórico consiste no Resp: 909446 RN 2006/0269878-5 proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, vez que se tornou precedente para julgamentos a respeito da configuração do ato de improbidade administrativa, sendo que o presente estudo ainda conta com o levantamento bibliográfico de outras doutrinas e artigos científicos já produzidos sobre o tema em discussão.

Palavras-chave: Administração Pública. Moralidade. Agentes Públicos.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa desenvolve-se sob o tema “os requisitos formais e materiais para os atos de improbidade administrativa”, tendo como norte a determinação do requisito em comum para que reste configurada a improbidade, e para tanto tem-se como objetivo geral a definição dos atos de improbidade administrativa, e os requisitos necessários para configurá-los, os em comum e os particulares a cada um.

Desta feita, cabe de forma específica fazer a análise do conceito de improbidade administrativa, dos princípios norteadores da administração pública, de como a conduta dos servidores deve ser pautada e o que ocorre quando não agem conforme dita a lei, partindo desta premissa até a especificação dos atos de improbidade, com a devida análise da Lei nº. 8.429/92 e das condutas nela tipificadas, para assim determinar os requisitos formais e materiais de tais atos.

Em apertada síntese, a Administração Pública e consequentemente todos os seus agentes devem pautar seus atos e funções nos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sob pena de incorrer em sanção por ato de improbidade administrativo, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019). Nesta

senda, dispõe a Lei de Improbidade Administrativa que será considerado como tal ato que importe o enriquecimento ilícito, que causa o prejuízo ao erário, os decorrentes de concessão ou aplicação de benefício financeiro ou tributário, e que atente contra os princípios da Administração Pública. Ponto de dúvida é a respeito do requisito material/subjetivo, esclarecido pelo marco teórico proposto.

A hipótese é que o ato de improbidade administrativa decorre da vontade do agente público, em outras palavras, o ato deve estar imbuído de má-fé para que reste caracterizado, haja vista que, se assim não o ser, somente é ato de um funcionário despreparado, é pura e simplesmente falta de competência técnica para gerir o serviço público. Neste sentido, cabe ao processo por improbidade analisar a real intenção do agente público, se o fez por falta de preparo, ou com o intuito de violar os princípios da Administração Pública, a fim de lesar o erário, obter enriquecimento ilícito, ou apenas para lesar a determinação constitucional.

Justifica-se no tocante à relevância do assunto, a interdisciplinaridade da pesquisa, que abrange matéria cível, constitucional e administrativa, e que é voltada tanto para profissionais do ramo jurídico, quanto para a própria sociedade, haja vista que todos os cidadãos em determinado momento se utilizam dos serviços públicos e devem saber quais os direitos e deveres dos agentes enquanto exercem sua função, e de que forma eles são violados. Sendo assim, o presente estudo contribui para o enriquecimento científico de advogados, estudantes, e agentes públicos, bem como à sociedade em geral.

Com relação à metodologia, observa-se que o marco teórico consiste no Resp: 909446 RN 2006/0269878-5 proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, vez que se tornou precedente para julgamentos a respeito da configuração do ato de improbidade administrativa, contudo, por possuir alto caráter teórico, o estudo conta com o levantamento bibliográfico de outras doutrinas e artigos científicos já produzidos sobre o tema em discussão, bem como de dispositivos legais e jurisprudências, de modo a alcançar o respaldo teórico científico para a elaboração do trabalho.

METODOLOGIA

Para o desenvolvimento deste estudo estão sendo utilizados livros e artigos, com conteúdo geral e específico, buscando promover dessa forma, o debate e a troca de ideias entre os autores consultados, de modo a alcançar assim o respaldo teórico científico para a elaboração desta pesquisa.

Neste sentido, utilizar-se-á como tema do estudo os requisitos formais e materiais os

atos de improbidade administrativa, enquanto para alcançar a finalidade da pesquisa, será realizado um levantamento bibliográfico acerca do tema proposto, focalizando em leituras de livros/autores pertinentes ao curso de Direito, em específico os ramos Constitucional e Administrativo, como por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho, dentre outros.

Lakatos e Marconi (2010, p. 26) dizem que “a pesquisa bibliográfica compreende oito fases distintas: a) escolha do tema; b) elaboração do plano de trabalho; c) identificação; d) localização; e) compilação; f) fichamento; g) análise e interpretação; h) redação.” Realizando cada uma delas separadamente respeitando ainda a metodologia científica tem-se, portanto, a pesquisa concluída de forma eficaz e válida.

Gil (1991, p.63) também defende a ideia de divisão dos processos da pesquisa bibliográfica:

Desde que se tenha decidido que a solução de determinado problema deverá ser procurada a partir de material já elaborado, procede-se à pesquisa bibliográfica. Seu delineamento implica considerar as fases: a) determinação de objetivos; b) elaboração do plano de trabalho; c) identificação das fontes; d) localização das fontes e obtenção do material; e) leitura do material; f) tomada de apontamentos; g) confecção das fichas; h) redação do trabalho... O desenvolvimento de uma pesquisa bibliográfica varia em função de seus objetivos. Convém, portanto, que estes sejam claramente estabelecidos a fim de que as fases posteriores da pesquisa se processem de maneira satisfatória.

Destarte, deve-se determinar a forma e as etapas da pesquisa conforme o objetivo final do estudo, para que seja alcançado um resultado satisfatório, de forma que o levantamento do referencial teórico comprove a fundamentação do problema proposto.

Quanto à análise dos dados obtidos, conforme Lakatos e Marconi (2010) também respeitam um cronograma a ser seguido, sendo este composto de quatro fases que critica o material bibliográfico, separa os elementos principais e os classifica, generaliza os componentes do texto e é feita então a análise crítica do corpo do texto.

E então, após as fases, para realizar a escrita e análise, utiliza-se de determinado método, que será através do qual se constrói as premissas do estudo, sendo este denominado de raciocínio dedutivo, em que parte-se de um estudo geral, com a observação de fatos a partir de uma premissa maior reconhecida como verdadeira e inquestionável, na qual se estabelece uma conexão com uma premissa menor, tal método organiza um raciocínio lógico já adotado em uma lei previamente adotada conduzindo-a a um ponto específico de tal premissa.

1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública é basicamente o conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado, que representam os interesses da sociedade em geral, e trabalham a fim de garanti-los, ou seja, a administração pública é a gestão dos interesses públicos.

É importante se desdobrar a respeito do conceito de administração pública, pois esta compreende uma gama de interpretações, e mesmo na prática, não é tão simples quanto parece. Neste sentido, divide-se o entendimento sobre o termo em sentido subjetivo e objetivo, e amplo e estrito:

Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo. [...] Em sentido amplo, a Administração Pública, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes aos quais incumbe executar os planos governamentais, bem como compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa; em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política. (2019: 181).

O sentido subjetivo diz respeito ao sujeito da administração, já o objetivo ao objeto da mesma, no sentido amplo abrange todos os entes, no sentido estrito apenas alguns órgãos. A administração pública, portanto, não compreende apenas o ato de gerir e administrar os interesses públicos, mas também todo o aparato estatal que envolve esta atividade, desde os órgãos, aos agentes, aos atos públicos, até a função política. O que leva à necessidade de explicitar a divisão entre a administração pública direta e a administração pública indireta.

Conforme mencionado, há dois sentidos centrais que envolvem a administração pública, o objetivo ligado à ação, e o subjetivo ligado aos órgãos e pessoas que desempenham a função, sendo este último que define quem faz parte da administração direta e indireta.

Neste sentido, a administração pública direta, diz respeito ao “conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado”. (CARVALHO FILHO, 2015, 475). Fato então, é que os entes que compõem a Administração Direta são os próprios entes federativos, em todos os poderes, em outras palavras, são a União, os Estados, o Distrito Federal

e os Municípios, em seus os poderes executivo, legislativo e judiciário, haja vista que o que os define como tal é a falta de personalidade jurídica própria, patrimônio, ou autonomia administrativa.

A noção é de que a Administração Pública Direta possui titularidade do poder público, bem como exerce-o diretamente, por isso a denominação de atividade centralizada, pois é exercida diretamente pelos entes do Estado Federativo, dentro de suas competências e particularidades.

Já a Administração Pública Indireta é composta pelas autarquias, fundações, sociedade de economia mista e empresas públicas, que o são porque o Estado transfere a sua titularidade para uma entidade que possui personalidade jurídica própria, possui patrimônio e autonomia administrativa (MAZZA, 2013). A diferença consiste na descentralização das atividades, pois mesmo tendo personalidade jurídica próprias, os entes são vinculados ao próprio Estado, agem em nome dele, em outras palavras, o Estado ainda é responsável pela execução das funções públicas, mas de forma descentralizada, transferindo a atividade conforme seu interesse ou sua necessidade.

1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS

Seja qual for a atividade, a função, o ente, certo é que a administração pública é sempre voltada para a execução de serviços e políticas públicas que garantem o funcionamento do Estado em geral. Desta feita, todos os atos jurídicos são pautados nas determinações legais constitucionais, em especial, nos princípios constitucionais, e assim, ressalta-se que em todo e qualquer ato ou função devem ser observados os seguintes princípios: da legalidade; da impessoalidade; da moralidade; da publicidade; e da eficiência.

A respeito do princípio da legalidade, tem-se que toda e qualquer atividade realizada deve estar previamente autorizada por lei, pois a administração pública tem como base a lei, a fim de evitar atos abusivos por parte de qualquer ente ou agente público, isso implica na obediência do Estado a ele mesmo, pois sua função é criar leis e executá-las, sendo que o princípio da legalidade determina justamente esta relação, entre a criação e a administração das leis, das condutas e da jurisdição do Estado (CARVALHO FILHO, 2015). Nada fora da lei pode ser feito, nem o que não foi vedado, mas somente o que foi autorizado, o princípio da legalidade significa total subordinação de conduta à lei.

A impessoalidade tem como finalidade o tratamento isonômico que o Estado dispensa aos seus administrados, desde que se encontrem nas mesmas condições de fato e de

direito (MAZZA, 2013). O intuito é, portanto, garantir o bem de todos, de forma igualitária e sem almejar interesses particulares, pois a própria semântica do termo indica que não deve haver julgamentos de caráter pessoal quando se trata da Administração Pública, evitando assim atuação discriminatória por parte do Estado.

Quanto ao princípio da moralidade, exige-se que agente público esteja sempre imbuído em suas ações de preceitos éticos e morais, frente à Administração Pública e todos os seus agentes, bem como diante de toda a sociedade, devendo sempre agir pautado na conveniência, oportunidade, justiça e honestidade (MEIRELLES, 2010). É bem claro que o dever dos administradores consiste em serem honestos e justos, sendo que o princípio em questão tem como finalidade afastar os agentes que se encontram em cargos apenas com o intuito de buscar seus próprios interesses ou o de particulares, pois a figura do bom administrador, é daquele que age conforme valores morais indispensáveis, pois quem não o faz, comete ato de improbidade.

No tocante à publicidade o próprio nome já remete à finalidade do mesmo, todos os atos realizados pela Administração são públicos, devendo ser amplamente divulgados e disponibilizados com fácil acesso a todos, como maior exemplo, tem-se o Portal da Transparência (MEIRELLES, 2010). A publicidade permite que seja possível controlar a legitimidade da conduta dos administradores públicos, e é por isso que todos os atos devem ser divulgados, até mesmo porque, todo ato da Administração Pública é destinado aos cidadãos, e nada mais justo que estes devam controlar as informações a respeito de toda e qualquer conduta praticada pelo administrador.

Por último, quanto ao princípio da eficiência, este tem como principal objetivo alcançar a produtividade e economia, impondo a prestação do serviço público com presteza, qualidade e celeridade, o que remete sempre à conduta do administrador, o princípio não preconiza quanto a eficácia do serviço, mas sim quanto ao desempenho da atividade administrativa (CARVALHO FILHO, 2015). O princípio da eficiência visa garantir a melhor prestação do serviço público à sociedade, não se impõe a perfeição ao serviço, mas a melhor conduta, os melhores métodos, buscando reduzir desperdícios de dinheiro público, aumentando a produtividade da prestação e garantindo ao cidadão exercer sua cidadania ao utilizar o que lhe é de direito.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme mencionado, a administração pública deve pautar seus atos no princípio da moralidade, sob pena de cometer ato de improbidade administrativa. Neste sentido, determina-se quanto à improbidade administrativa o ato ilícito, sancionado pelo ordenamento jurídico, como uma lesão à moralidade administrativa prevista pela Carta Magna, conforme prevê em seu artigo 37, § 4º.

Assim como todo ato ilícito, o ato de improbidade administrativa será determinado por meio de processo judicial:

Os agentes públicos podem praticar, no exercício das funções estatais, condutas violadoras do Direito, capazes de sujeitá-los à aplicação das mais diversas formas de punição. Se o comportamento causar prejuízo patrimonial, pode ser proposta uma ação civil visando a reparação do dano. Sendo praticada conduta tipificada como crime, instaura-se um processo penal tendente à aplicação de sanções restritivas da liberdade. Já na hipótese de infração de natureza funcional, o Poder Público poderá instaurar um processo administrativo [...] A par das repercussões civil, penal e administrativa, é possível identificar uma quarta esfera de responsabilização do agente público em decorrência de condutas praticadas no exercício de suas funções, a saber: aquela decorrente da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – Lei n. 8.429/92. Como a aplicação das sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa ocorre em processo judicial autônomo em relação às demais esferas de responsabilização, a doutrina afirma que a apuração do ato de improbidade independe do resultado nos processos civil, penal e administrativo. Isso porque, em regra, as diferentes instâncias punitivas são independentes entre si. (2013: 454).

Depreende-se do exposto, que o ato de improbidade administrativa é determinação diversa do posicionamento jurídico adotado até a edição da Lei nº. 8.429/92, pois foi criada uma responsabilização para o agente público que praticar, no exercício da função condutas que atentem contra a Administração Pública, criando assim uma responsabilização administrativa própria, adequada à função que ele exerce, que advém da referida lei.

Importante, portanto, trazer a definição contida no artigo 1º da Lei nº. 8.429/92, de que estão sujeitos às sanções previstas na referida lei, os atos praticados por agente público, que gerarem enriquecimento ilícito correspondente a mais de 50% do patrimônio do ente ou da receita anual deste, contra qualquer dos entes ou dos poderes, de administração direta, indireta ou fundacional.

Neste caso, é ato de improbidade, conforme os artigos 9, 10, 10-A e 11, da Lei nº. 8.429/92, e são, respectivamente, os que importem o enriquecimento ilícito, que causam o prejuízo ao erário, os decorrentes de concessão ou aplicação de benefício financeiro ou tributário, e os atos que atentem contra os princípios da Administração Pública.

A saber, são atos que importam ao enriquecimento ilícito, conforme determina o artigo 9º da Lei nº. 8.429/92: “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade, para si ou para outrem”, seja por meio de bem móvel, imóvel ou dinheiro, para garantir a facilitação de qualquer serviço, aquisição ou venda de bens, realização de obras, continuidade de prática ou exploração de jogos de azar e afins, ou ainda, para omitir ato que esteja obrigado a realizar, para garantir interesse pessoal, dentre outros atos.

Dispõe o artigo 10 da Lei nº. 8.429/92 que constitui ato de improbidade que causa prejuízo ao erário público “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades” que se refere a Lei, por meio de facilitação para incorporação particular de bens públicos, utilização de bens ou verbas públicas por pessoa física ou jurídica, doações sem a observância da forma legal, venda ou locação de local público por valor abaixo ou acima do mercado, frustrar ou dispensar processo licitatório, permitir a utilização de maquinário público em obras particulares, etc.

O artigo 10-A, incluído pela Lei Complementar nº. 157/2016, determina que é considerado como “ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003”, a qual diz respeito à alíquota mínima do imposto sobre serviços de qualquer natureza.

E por último, esclarece o artigo 11, que o ato de improbidade ocorre quando “atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”, que compreende ações como retardar ou não realizar ato de ofício, revelar informações que deveria manter segredo ou deixar de revelar as que são públicas, fraudar concurso público, deixar de prestar contas, descumprir normas quanto à prestação de contas, dentre outros. Insta dizer que a violação ao princípio da moralidade é a característica principal da Lei de Improbidade Administrativa, portanto, nem sempre haverá ilegalidade no ato, basta demonstrar a lesão ao princípio em questão.

2.1 REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Determinados os atos, faz-se necessária a explanação dos requisitos que configuram a improbidade administrativa, tanto os formais quanto materiais, e o que lhes é comum. São

requisitos formais os apresentados no artigo 1º da Lei de Improbidade administrativa, qual seja, os sujeitos passivo e ativo, e as circunstâncias que lhes permeiam. São requisitos materiais os que constam em cada conduta definida pela referida lei.

Sendo assim, trata-se do requisito formal quanto aos sujeitos passivos, ou seja, a pessoa que é tida como vítima do ato de improbidade, são eles: a União, Estados, Distrito Federal e Municípios (administração direta); as autarquias, fundações governamentais, empresas públicas e sociedades de economia mista (administração indireta); empresas ou entidades incorporadas ao patrimônio público; empresas ou entidade que utilizam de patrimônio público para sua criação ou para seu custeio, cujo patrimônio ou receita anual seja de mais de 50% do dinheiro público; e empresas ou entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo de órgão público.

O requisito formal nesse caso diz respeito à necessidade de o ato ímprobo ter sido cometido contra um desses sujeitos, é imprescindível tão formalidade, haja vista que o legislador manifestou seu entendimento no sentido de que a Lei de Improbidade Administrativa é destinada à essa especificidade.

No entanto, faz-se necessário chamar a atenção de dois sujeitos passivos indicados pela lei, as empresas ou entidade incorporadas ao patrimônio público, as quais foram determinadas equivocadamente pelo legislador, em razão de seu desaparecimento do mundo jurídico após a incorporação, o que leva à impossibilidade delas sofrerem os efeitos do ato ímprobo, os quais recairão sobre o patrimônio da incorporada e não sobre a empresa incorporada (CARVALHO FILHO, 2015); e quanto as empresas que contam com mais de 50% do seu patrimônio ou receita, a intenção do legislador não é restringir a aplicação da lei àqueles que recebem o dinheiro diretamente dos cofres públicos, mas também devem ser considerados os recursos que são repassados à elas advindos diretamente da população (GARCIA, 2006).

Já o sujeito ativo, é aquele que pratica o ato de improbidade, concorre para a prática ou dela extrai vantagens indevidas, e os artigos 2 e 3, da Lei nº. 8.429/92, definem como sendo o sujeito ativo os agentes públicos, de todas as categorias, independente de remuneração e de que forma exercem o cargo, emprego ou função; e os terceiros que mesmo não sendo agentes públicos, induzem, se beneficiem ou concorram para a prática do ato de improbidade.

Os agentes públicos nos dizeres do referido artigo, são todos aqueles que exercem mandato, cargo, emprego ou função, ainda que temporariamente ou sem remuneração, seja porque houve eleição, nomeação, designação, contratação, ou outra forma de investidura ou

vínculo. O que importa, portanto, é a exercer a atividade, possuir o vínculo junto a qualquer sujeito passivo mencionado anteriormente.

A grande polêmica neste tópico, diz respeito aos agentes políticos, se estes se submetem à Lei de Improbidade ou à Lei nº. 1.079/50. Nesse ponto, define-se os agentes políticos como:

Os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores. (2010, 247-248)

Logicamente por serem também agentes públicos, funcionários da Administração Direta, é aplicável a Lei de Improbidade Administrativa. Contudo, a dúvida se encontra, após o STF em julgamento afirmar que ela não se aplicaria aos agentes políticos, uma vez que a eles cabe o regime especial dos crimes de responsabilidade. A caminho de tentar pacificar um entendimento, o STJ vem adotando o posicionamento de que incide sobre os agentes políticos a Lei nº. 8.429/92, exceto ao Presidente da República, sob o argumento de que a Constituição Federal não criou imunidade aos agentes políticos e não se pode cria-la por meio de ato infraconstitucional, devendo, entretanto, ser respeitado o foro especial por prerrogativa de função (DI PIETRO, 2019).

O que se pode fundamentar a este respeito é que, não se pode deixar de aplicar a Lei de Improbidade aos agentes políticos que não foram dotados de foro privilegiado, haja vista que, eles são a máxima representatividade do poder público, quem possui o maior poder de decisão e comando na Administração, excluí-los dos sujeitos ativos das condutas de improbidade seria ignorar a preservação do princípio da moralidade administrativa e da isonomia, ambos previstos na Carta Magna.

Por fim, o terceiro que nos termos do artigo 3º da Lei de Improbidade é toda e qualquer pessoa que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou se beneficie do ato, direta ou indiretamente. Neste sentido, incide a pena por improbidade a qualquer indivíduo que esteja ligado ao agente público/político, pois ele não poderá figurar como sujeito ativo sozinho, estará sempre dependente da conduta do outro, haja vista que o próprio núcleo do artigo em questão determina que o terceiro somente induz ou concorre para a prática e, portanto, nada diz

sobre praticá-lo sozinho, até mesmo porque, logicamente seria impossível, visto que não possui vínculo algum com a Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2015).

Vale dizer que o terceiro deve induzir, concorrer para a prática do ato, ou dela se beneficiar, no sentido de instigar, plantar a ideia do ato ilícito, ou participar dele, e quanto a se beneficiar, o terceiro deve ter ciência de que a vantagem advém de ato ímprobo, ele deve ter o conhecimento e a vontade de ser beneficiário do ilícito. De toda forma, ainda cabe ressaltar que somente o terceiro (pessoa física) será punido neste caso, não cabendo a punição de pessoa jurídica que lhe é vinculada, mas somente do responsável direto pela conduta.

Destarte, quanto ao requisito formal, de maneira abrangente, o necessário é possuir um vínculo jurídico junto à Administração Pública, seja enquanto funcionário, beneficiário ou terceiro que esteja de alguma forma envolvido, tanto no tocante ao sujeito passivo quanto ao sujeito ativo conforme explanado.

Em se tratando dos requisitos materiais, cada ato possui um, sendo que comum a todos é a má-fé. Sendo assim, veja-se que, a Lei de Improbidade exemplifica diversas condutas que levam à configuração de cada ato, porém o requisito material que é necessário é definido em linhas gerais no caput de cada artigo.

O primeiro diz respeito ao enriquecimento ilícito (art. 9º), ou seja, o requisito material é o recebimento de vantagem patrimonial indevida, que acarreta considerável aumento no patrimônio do agente, e o nexo causal entre o exercício da função, o comportamento ilícito e a vantagem auferida, bem como a ciência da ilicitude do seu ato, de maneira que a ação do agente atenta contra a moralidade administrativa, em outras palavras exige-se a má-fé e só se admite a modalidade dolosa e não se admite tentativa (CARVALHO FILHO, 2015). O pressuposto exigível é a obtenção da vantagem, sem que cause danos ao erário, como ocorre por exemplo quando um servidor recebe propina de alguém para facilitar uma licitação, que age de má-fé, consciente de que se trata de ato ilícito, e só há improbidade mediante o enriquecimento consumado.

O segundo presume o prejuízo ao erário público (art. 10), de maneira que a ação ou omissão do agente público no exercício da função cause danos ao patrimônio público, nesse caso a má-fé é determinante, porém aceita-se a modalidade culposa, quando o agente descumpre o seu dever legal de diligência ao exercer a função que lhe é designada, quando age com negligência por exemplo (CARVALHO FILHO, 2015). Neste caso, não ocorre a vantagem patrimonial para o agente, mas de sua ação ou omissão, deriva o prejuízo ao patrimônio público, no sentido amplo, abrangendo suas dotações e recursos, e seus bens móveis e imóveis, importa

dizer que mesmo na modalidade culposa o agente age de má-fé, ou seja, ele desempenha de maneira negligente a sua função por falta de moralidade, o que diversas vezes acaba por ser pior que uma conduta dolosa propriamente dita.

O requisito material neste ponto (art. 10-A) é especificamente a concessão de benefício financeiro ou tributário de forma contrária ao que determina a Lei Complementar nº. 116/2003, que trata da alíquota mínima do imposto sobre serviços de qualquer natureza, sendo que quaisquer outras concessões referentes a outros tipos de impostos não incide o disposto no referido artigo, o legislador quis tratar unicamente deste tributo (DI PIETRO, 2019).

E por último, os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), que exigem a ofensa a tais princípios por meio da ação ou omissão do agente público, é o comportamento dotado de má-fé e desonestidade, propriamente dito, sem que importe qualquer vantagem ou lesão ao patrimônio público, é o ato de má-fé em si, que viola a base da atividade administrativa pública (CARVALHO FILHO, 2015). O que ocorre neste ponto é a atitude do agente que não presta o melhor serviço público conforme lhe exige a lei e os princípios constitucionais administrativos, como por exemplo, quando retarda a prática de ato de ofício, porém, é imprescindível a prudência ao aplicar este artigo, agindo de acordo com a razoabilidade e a proporcionalidade.

Ante o exposto, nota-se que o requisito material em comum a todos os atos é a má-fé, a desonestidade, a falta de probidade do agente público na tratativa de suas funções ou cargos, de modo que, mesmo em caso de admissão da modalidade culposa, a falta da moralidade pública é essencial à definição dos atos de improbidade passíveis de sanção. Nesta senda, o principal objetivo do presente estudo é demonstrar esse entendimento.

3 MÁ-FÉ COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À IMPROBIDADE

Vê-se que há determinação que caracteriza cada ato, porém, que conforme mencionado, o requisito subjetivo que os liga é a má-fé, haja vista que mesmo sem a ocorrência de ato ilícito, a falta de moralidade por si só enseja a punição pelo ato de improbidade, de acordo com o que dispõe o artigo 11 da Lei nº. 8.429/92. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça determina que é essencial a presença desta condição:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE MÁ-FÉ (DOLO). APLICAÇÃO DAS PENALIDADES.

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA. 1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições [...] porque uma interpretação ampliadora poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu. 3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. 4. À luz de abalizada doutrina: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...).” in José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669. 5. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa [...] 6. Consectariamente, o Tribunal local incidiu em error in iudicando ao analisar somente sob o ângulo objetivo. [...] Recurso Especial provido.

STJ – Resp: 909446 RN 2006/0269878-5, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/04/2010, T1- PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/04/2010.

O julgado apresentado trata da necessidade do requisito material “má-fé”, de modo que o sujeito ativo dos atos de improbidade deve agir contrariamente à exigência do princípio da moralidade, ou seja, é premissa do ato ímprobo a desonestidade, pois ela por si só é conduta antijurídica que fere os princípios constitucionais da Administração Pública. De acordo com o nobre julgador a probidade administrativa é o dever de agir com honestidade, sem se aproveitar das facilidades que sua função ou cargo lhe confere, e todo aquele que agir contra ela conscientemente, mesmo que por omissão, comete ato de improbidade. Portanto, o elemento subjetivo (má-fé) é essencial à caracterização da improbidade.

O que inclusive virou precedente do referido Tribunal, como se pode perceber em diversos julgados a respeito do tema. Para tanto cita-se: AgInt no AREsp: 963597 SP 2016/0207456-7, publicado em 02/02/2017; e AgInt no REsp: 1450533 SC 2014/0092849-7, publicado em 13/04/2018; dentre outros.

Cumpra dizer que os entendimentos mencionados são no sentido de proteger o maior interessado na Administração Pública, a sociedade, a finalidade dos serviços públicos é sempre

garantir o interesse comum do povo, deste modo, é bem simples entender que o requisito principal dos atos de improbidade administrativa é a má-fé, porque é óbvio no cenário público atual que nem todo agente público ou político age de acordo com a moralidade, porém, não deve ser responsabilizado pela simples falta de conhecimento por exemplo, ou como em tantos outros casos semelhantes ao do julgamento transcrito.

É, portanto, claro que a Lei de Improbidade Administrativa, ao determinar os requisitos formais e materiais, quis não só punir os agentes públicos ímprobos, mas proteger todos os entes da administração pública direta, indireta e fundacional, e os interesses públicos. Deste modo, o requisito da má-fé possibilita essa finalidade de forma mais eficaz.

CONCLUSÃO

É cediço que a Administração Pública é responsável pela gestão de todos os bens e interesses públicos, o que gera a cada agente e servidor uma responsabilidade muito grande inerente ao ser cargo ou função. Neste sentido, a Constituição Federal, a fim de resguardar os direitos inerentes ao erário e aos cidadãos como um todo determina de que forma o servidor público deve gerir seu cargo, mandato ou função, seja ele na administração direta, indireta ou fundacional.

O objetivo principal da lei é demonstrar a necessidade que surge, ao ser investido em cargo público, que o indivíduo no exercício de sua função, têm, de agir com cautela e moralidade, ou seja, todo agente público, político e até os terceiros que possuem relação com estes, devem pautar suas ações na legalidade e na moralidade, sob pena de estarem cometendo um ato de improbidade administrativa, em outras palavras, correndo o risco de cometer ato ilícito ao ser desonesto no uso de suas atribuições.

Neste sentido foi criada a Lei nº. 8.249/92, que determinou todos os atos que seriam considerados como ímprobos, e assim, o presente estudo apresentou-os, bem como seus requisitos formais e materiais, constatando-se que a formalidade se encontra no próprio exercício do cargo ou função, nos sujeitos envolvidos nesta relação, enquanto a materialidade varia a cada tipo de conduta, dentre os quais o dano ao erário, o enriquecimento ilícito etc.

O que se tem em comum é que em todos os casos, o agente público deve estar imbuído de má-fé, correndo o risco de não ser configurada a improbidade se não o estiver, conforme precedente demonstrado no julgamento do Recurso Especial 909446 proferido pelo STJ. O problema então do presente estudo foi alcançar uma resposta à esta situação, o que foi prontamente explanado, no sentido de confirmar a colocação, haja vista que, não se pode punir

um ato ou omissão sem que o sujeito tenha tido a intenção de ser desonesto, mesmo na modalidade culposa aceita pela lei há a necessidade de restar configurada a má-fé, sendo este, o requisito material indispensável a todos os atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº. 8.249, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm> Acesso em: 02. fev. 2021.

CARVALHO, Paulo Paulwok Maia de. Os sujeitos da improbidade administrativa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5127, 15 jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58976>> Acesso em: 28. jan. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GIL, Antonio Carlos. Como Elaborar Projetos de Pesquisa. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

STJ. Resp: 909446 RN 2006/0269878-5. **JusBrasil.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9109633/recurso-especial-resp-909446-rn-2006-0269878-5>> Acesso em 02. fev. 2021.

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONTRAPOSIÇÃO À RESERVA DO POSSÍVEL EM TEMPOS DE PANDEMIA

MONNA PATTIELY PEREIRA

Resumo: O Direito Constitucional é um ramo do direito público que regulamenta a União em aspectos gerais. Em seu bojo encontram-se os Direitos Fundamentais, que podem ser entendidos como competências impostas ao Estado, simbolizando direitos ofertados aos cidadãos. Conforme o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, as normas que tratam de Direitos Fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Em decorrência disso, o Poder Público está obrigado a efetivá-las independentemente de intervenção legislativa, o que significa que os poderes Executivo e Judiciário devem concretizá-las, a fim de assegurar a efetividade das normas constitucionais. Porém, no atual momento, presencia-se um estado de calamidade pública em decorrência do surto pandêmico causado pelo Coronavírus (COVID -19), o qual fez com que Direitos Fundamentais fossem cerceados em detrimento do bem comum, e em respeito ao orçamento público. Sendo assim, a busca por equilíbrio entre a efetividade dos Direitos Fundamentais e a Teoria da Reserva do Possível é um dilema extremamente importante, que vem instigando estudiosos e pesquisadores a buscarem uma ponderação dos interesses individuais e coletivos. Ademais, discussões sobre o tema se tornam inevitáveis pela grande proporção com que a doença vem infectando os indivíduos. Logo, o objetivo do presente trabalho é mostrar os impactos que a pandemia tem causado nos Direitos Fundamentais e suas consequências no âmbito jurídico, envolvendo as teorias da Reserva do Possível e das Escolhas Trágicas.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Reserva do Possível. Teoria das Escolhas Trágicas. Pandemia.

INTRODUÇÃO

Após a descoberta do Coronavírus, todos os interesses se convergem para a sua cura e profilaxia. É notório, que essa doença apresentou novos desafios em diversos aspectos sociais, mas principalmente nas áreas da saúde, educação e trabalho, que são direitos insculpidos no artigo 6º, no bojo da *Lex Fundamentale*.

No Brasil, as áreas mais afetadas são as que mais carecem de incentivos e políticas públicas para o combate de injustiças e promoção da equidade entre os indivíduos, visando reduzir as desigualdades pré-existentes, antes mesmo dessa “onda infecciosa”.

Cumprе esclarecer, que nos Direitos Fundamentais estão compreendidos os Direitos Sociais. O segundo é espécie do primeiro tanto no sentido formal, porque possui status constitucional, quanto no aspecto material, pois é intrínseco ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Tais direitos, que já eram negligenciados, sofreram ainda mais devido as profundas modificações ocasionadas pela pandemia. Dessa forma, neste ensaio será abordado como o

COVID-19 tem sido reiteradamente utilizado pelo Estado como forma de negar direitos, justificado pela insuficiência de recursos e quais são os impactos dessa reação.

É deveras considerável a discussão abordada no presente trabalho, por se tratar de um assunto tão relevante, atual e que interessa a uma maioria. Além do mais, em um contexto fático pré-pandêmico, em que os embates sobre a Reserva do Possível e os Direitos Fundamentais eram tão controversos, hodiernamente sofreram uma brusca guinada, convergindo a um mesmo entendimento.

Isso porque, os recursos públicos que já eram insuficientes para atendimento das necessidades da população antes da pandemia, agora se tornaram ainda mais escassos, pela alta demanda de usuários, argumento que torna plenamente plausível a fruição da Reserva do Possível. Contudo, insta ressaltar, que os Direitos Fundamentais não perderam sua importância e aplicabilidade.

Para a elaboração da discussão em epígrafe, partir-se-á do exame do que são Direitos Fundamentais, quais são seus fundamentos e finalidades e como eles são tratados no embate com a Reserva do Possível.

Nesta pesquisa, doravante, serão utilizadas as obras de Dirley da Cunha Jr, Andreas Krell, Cleber Masson, Robert Alexy, Uadi Lammêgo Bulos entre outras, a fim de embasar o estudo a ser desenvolvido.

MATERIAIS E MÉTODOS

O desenvolvimento da pesquisa se dará pelo método dedutivo, por meio do qual tomaremos como premissa uma regra geral para chegarmos a uma conclusão, sob o enfoque do materialismo histórico-dialético.

Neste sentido, o cerne da questão aqui abordada, terá como substrato o histórico dos Direitos Fundamentais e suas implicações para a realidade histórico-social, com fulcro em concluir se a Reserva do Possível pode servir como pretexto para obstar as prestações positivas do Estado em prol do indivíduo.

Também, se discutirá a visão doutrinária sobre a utilização da Reserva do Possível antes e depois da pandemia, fazendo um panorama histórico sobre a evolução do tema e as mudanças que sofreu após a eclosão dessa nova doença.

A técnica utilizada para o desenvolvimento deste trabalho terá como base a pesquisa bibliográfica e documental, por meio de doutrinas especializadas, entendimentos sumulados, julgados dos tribunais, legislações e estudos jurídicos.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS X RESERVA DO POSSÍVEL

Direitos Fundamentais é um termo bastante difundido pelo constitucionalismo moderno. Na Carta Magna tem capítulo de destaque, pois encampa os maiores pressupostos que fundamentam a dignidade da pessoa humana e disciplina as liberdades públicas.

O termo liberdades públicas (BULOS, 2015, p.292) designa um conjunto de normas constitucionais que consagra limitações jurídicas aos Poderes Públicos de ordem civil (engloba os direitos da pessoa humana), política (que se referem à participação na ordem democrática) e econômico-social (diz respeito aos direitos econômicos e sociais).

Certamente tais liberdades são o que regulamentam a vida em sociedade sem permitir que o Estado intervenha em uma esfera completamente privada, e que dá direito ao cidadão de pleitear, quando necessário, a intervenção dele. Por isso, merecem tamanha relevância dada pela Carta Constitucional de 1988.

No Brasil, o reconhecimento dos direitos fundamentais, só ocorreu efetivamente com a Constituição de 1988. A propósito, assevera Sarlet (2008, p.554), que “a Constituição Federal de 1988, foi a primeira na história do constitucionalismo brasileiro, a estabelecer título especial para os denominados direitos e garantias fundamentais”.

Os direitos fundamentais são direitos subjetivos que vinculam os órgãos à satisfação do que estipulam. Assim, dada a magnitude dos direitos por eles abrangidos, são elementos fundamentais da ordem constitucional, que objetiva nortear todo o ordenamento jurídico existente de um Estado Democrático de Direito.

É importante ressaltar, que os Direitos Fundamentais se dividem em dimensões que demarcam a evolução das liberdades públicas. O cerne deste estudo, consiste nos direitos de segunda dimensão (direitos sociais), que impõem ao Estado prestações positivas, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem.

No entanto, as prestações positivas do Estado esbarram em diversos fatores que podem impedir, ou ao menos dificultar, com que as pretensões dos cidadãos sejam atendidas

eficazmente como preceitua as normas constitucionais. E um deles é a escassez de recursos do Poder Público em atender todas as demandas sociais.

Em meio a uma crise social tão grande, quanto a causada pelo Coronavírus, o aumento dessas demandas se avulta e, com isso, direitos fundamentais que, embora sejam inegáveis para garantir uma vida digna a todos, se tornam o privilégio de poucos. Isso se explica, porque os recursos financeiros são insuficientes para suprir tamanha necessidade.

O Direito Constitucional pátrio adota a Teoria da Reserva do Possível para justificar a impossibilidade de prestações positivas do Estado a direitos essenciais garantidos pelo texto constitucional. Por conseguinte, há de se notar, que a efetividade dos Direitos Fundamentais depende intrinsecamente de financiamento dos cofres públicos.

O debate jurídico sobre a Reserva do Possível tem origem na doutrina alemã e data à década de 1970, em outro contexto social e econômico ao experimentado pelo Brasil. Em suma, pode ser entendido como um liame subjetivo na execução de direitos sociais em prestações materiais se contrapondo a capacidade financeira do Estado.

A subjetividade do instituto reside na discricionariedade com a qual o governo e as autoridades públicas o utilizam para se eximirem de responsabilidades imprescindíveis à sociedade, como o cuidado à saúde.

Sobre a aceitação indiscriminada da doutrina nacional quanto à adoção de teorias estrangeiras a fim de embasar a inefetividade dos direitos sociais, o doutrinador alemão Andreas Krell (2002, p. 107-109), se posiciona da seguinte forma:

Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político, econômico, social e cultural de origem. Devemos nos lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário, de “assistência social” que recebem etc. Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado de agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição direito à vida, dignidade humana, Estado Social.

Portanto, como visto, há controvérsias doutrinárias sobre a utilização de tal teoria para obstar a concretude dos direitos sociais, até mesmo por estudiosos de origem alemã. Corroborando com a tese supramencionada, Dirley da Cunha Júnior (2014, p. 602-603), complementa o raciocínio ao aduzir que:

Apesar das grandes contribuições que a doutrina estrangeira tem dado ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica nacional, é preciso deixar bem claro, contudo, que é extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes.

Destarte, infere-se que ao transportar institutos jurídicos de uma sociedade para outra, deve-se levar em conta vários fatores que influem quando se coloca em prática a teoria, sob pena de cometer arbítrios.

Não obstante, Sarlet (2008, p. 436), defende que os direitos fundamentais não podem ser postos ao bel prazer das vontades estatais, pois isto levaria ao caos social. Além de colocar em xeque as instituições que gozam de perenidade e segurança jurídica.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, reclamam proteção integral diante de atos retroativos. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), como guardião da Constituição, vem aplicando a teoria da Reserva do Possível como parâmetro de controle das restrições levadas a cabo pelo Estado em relação aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Para tanto, o princípio da proporcionalidade, que se subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ganha uma vertente estritamente relacionada ao financeiramente possível, dada pelo excelso tribunal nas causas que julgam.

Então, pode-se dizer, que no Brasil não se utiliza a Reserva do Possível no sentido da expectativa do razoável, ou seja, do mínimo existencial, mas sim da efetiva possibilidade de recursos, habitualmente utilizados para efetivação das pretensões almejadas (VILLAS-BÔAS, 2014, p.157).

Logo, conclui-se que, a expressão Reserva do Possível, perdeu o sentido originário atribuído pela doutrina germânica, como se verá a seguir.

2 AS VERTENTES DOUTRINÁRIAS DA RESERVA DO POSSÍVEL APLICADAS AOS DIREITOS SOCIAIS

Primeiramente, não se pode olvidar, que a teoria da Reserva do Possível foi uma importante criação jurídica, que deu azo a um novo posicionamento jurisprudencial com fulcro em solucionar a problemática da escassez de recursos frente a infinidade de pleitos judiciais recorrendo por prestações positivas do Estado.

No entanto, não é fácil haver um consenso sobre o que é o instituto da Reserva do Possível, assim como na maioria dos assuntos debatidos no âmbito jurídico. Para Robert Alexy (2008, p.425) a Reserva do Possível é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Por sua vez, Nathalia Masson (2016, p. 290), elucida com brilhantismo do que se trata esse princípio, complementando a ideia, como se verá:

Reserva do Possível é uma limitação jurídico-fática que poderia ser apresentada pelos Poderes Públicos tanto em razão das restrições orçamentárias que lhes impediria de implementar os direitos e ofertar todas as prestações materiais demandadas, quanto em virtude da desarrazoada prestação exigida pelo indivíduo.

Cumprе esclarecer, que o princípio da Reserva do Possível está ligado a duas vertentes, sendo a primeira relacionada à situação fática, que se traduz pela existência de uma determinada reserva econômica para atendimento das demandas. Já a segunda, tem cunho jurídico, e nega competência ao Poder Judiciário para julgar matérias que impliquem em gastos orçamentários (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p.146).

Noutro viés Tatiana Sada Araújo (2013, p.49), defende a existência dessas duas vertentes. Todavia, entende que a primeira se trata da inexistência fática de recursos, enquanto a segunda, diz respeito à imprescindibilidade de autorização orçamentária para a reformulação do orçamento e redirecionamento dos gastos públicos, mesmo que materialmente o Estado disponha de recursos.

Importa salientar, também, que nasce com o instituto em voga, a necessidade de o pleito contra o Estado portar razoabilidade, para ser concedido a quem o roga. Essa razoabilidade, vem da ideia de não atendimento a uma demanda específica em prol do bem comum, ou seja, não alocação de parte considerável dos recursos em benefício da maioria.

Apesar disso, não há como acatar que a Reserva do Possível seja tida como uma justificativa a obstar a viabilidade da exigibilidade judicial dos mínimos existenciais, particularmente a saúde, pois como alude o artigo 196 da CRFB/1988: “A saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, sendo o direito mais importante dentre os direitos sociais, pois protege a vida.

Assim, o Poder Público não pode invocar a teoria da Reserva do Possível com a finalidade de furtar-se à efetivação dos direitos sociais, notadamente aqueles diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa, cabendo ao Poder Judiciário, no caso de omissão do Poder Público, em cumprir as prestações materiais indispensáveis, à garantia do mínimo existencial, realizar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas para destiná-los ao atendimento de necessidades vitais.

A fim frear a negativa indiscriminada do Estado em negar atendimento às necessidades primárias da população, como nos casos que envolvem o direito à saúde, sob a alegação de falta de verba, o ônus da prova será do ente público que o invocar.

Neste sentido, a súmula 241 do TJRJ, enuncia que: “Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à Reserva do Possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas na Constituição.”

Outrossim, importante direito social, que merece ser tratado aqui, se refere à educação. Neste íterim, a CRFB/1988, a traz em seu artigo 205, como um direito de todos e dever do Estado. Porém, não é diferente a forma com que a Reserva do Possível tem sido utilizada para afastar a sua aplicabilidade.

Vejamos o que Cunha Júnior (2014, p. 597), entende sobre o assunto:

Relativamente ao direito social à educação, a própria Constituição cuidou de assegurar a disponibilidade de recursos suficientes para o Estado cumprir o seu dever constitucional de garanti-lo. Assim dizendo, para garantir os recursos necessários, a Constituição de 1988 impôs expressamente a aplicação mínima das receitas públicas na manutenção e desenvolvimento do ensino, considerando essa obrigação como um princípio (um dos chamados princípios constitucionais sensíveis) a ser observado pelo Estado, sob pena até de sofrer intervenção (art. 34, VII, e). Assim, determinou a *Lex Fundamentalis*, que a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nunca menos de vinte e cinco por cento da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212). Ademais disso, a Constituição previu que o ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas (art. 212, § 5º). Note-se, ainda, que por imperativo constitucional a distribuição dos recursos públicos priorizará o atendimento

das necessidades decorrentes do ensino obrigatório (art. 212, § 3º). Com este quadro, são completamente descabidos os argumentos opostos (relativos à reserva do possível e à falta de competência do Poder Judiciário para decidir sobre a matéria) à efetivação judicial do direito fundamental à educação.

Nesta senda, não se constata muitas diferenças entre a maneira como a saúde e a educação são tratadas no Brasil, quanto ao afastamento da teoria da Reserva do Possível em observância aos Direitos Fundamentais.

Importante se faz relatar, o modo como a pandemia afetou a forma de ensino mundialmente. O que mais chama atenção, é o fato no qual, pela primeira vez na história, professores e alunos estão se contatando por meio de computadores, transformando qualquer lugar em sala de aula. Isso é algo inovador, que traz um novo horizonte ao processo de aprendizagem e desperta interesses sobre o futuro da educação no país.

No entanto, ainda assim, há recusa do Poder Público em fornecer o mínimo existencial aos indivíduos, preterindo o direito de muitos, em situação de hipossuficiência, em detrimentos dos recursos disponíveis.

Nesse diapasão, Cunha Júnior (2014, ps. 596-597), esclarece:

Não podemos entrelaçar a efetividade dos direitos fundamentais com as questões relacionadas às políticas ou planos econômicos, até porque, insistimos, a ordem econômica tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170). E isso só será possível com a realização efetiva dos direitos sociais. Portanto, devemos considerar, no domínio de uma dogmática constitucional renovadora, que a realização e eficácia de qualquer medida ou plano econômico depende da realização e efetivação dos direitos fundamentais.

Logo, infere-se que os Direitos Fundamentais possuem força normativa e plena eficácia, por isso devem ser executados visando a efetivação da Constituição, não apenas quando houver verba em caixa. Discursos jurídicos que mais se preocupam com os limites impostos à efetividade dos direitos fundamentais do que com eles próprios, como os habitualmente proferidos, revelam-se estéreis ante uma dogmática constitucional emancipatória e renovadora.

Contudo, os posicionamentos supramencionados referem-se ao contexto histórico pré-pandêmico. Atualmente, a Reserva do Possível tem tido outra conotação frente aos acontecimentos desencadeados pelo colapso instalado no sistema de saúde ocasionado pelo COVID-19. Sendo assim, passa-se a ver como essa teoria vem sendo aplicada.

3 APLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL APÓS A PANDEMIA DO COVID-19

Diante do cenário caótico causado pela pandemia desde o início de 2020, diversos estudiosos, como é o caso da autora Tatiana Sada Araújo (2013), tem mudado de posicionamento sobre a utilização da Reserva do Possível. A própria autora reconhece que, embora se defenda que o mínimo existencial não se sujeita à Reserva do Possível, o fato é que, na realidade, isto pode acontecer, a depender da dimensão da escassez.

Isso representa uma mudança paradigmática simbólica no âmbito jurídico, principalmente, no que pertence ao direito social relacionado à saúde. Pois com os avanços da doença causada pelo coronavírus, contempla-se uma grave crise global, com altos níveis de ocupação hospitalar e ausência de equipamentos e tratamentos para todos.

Sendo assim, surge o que o neoconstitucionalismo nomeia como “Escolhas Trágicas”, o que ocorre devido à escassez de recursos em atender todas as necessidades sociais. Logo, pode-se concluir que, apenas a previsão constitucional não se faz suficiente para concretização dos direitos fundamentais em tempos de pandemia.

Como existem infinitas demandas e finitos recursos, existem, por óbvio, escolhas que beneficiam algumas em detrimento de outras, a isso dá-se o nome de Teoria das Escolhas Trágicas. Essa teoria consiste em deixar de contemplar algumas necessidades, também prementes, mas que foram consideradas por quem de direito menos urgentes que outras.

Neste contexto, a Reserva do Possível se integra à Teoria das Escolhas Trágicas, uma vez que, não há dinheiro para custear todas as despesas enunciadas pelo texto constitucional para garantir uma vida digna a todos, e escolhas públicas precisam ser feitas, pois é necessário priorizar politicamente os gastos públicos, obedecendo os parâmetros constitucionais.

Com isso, entende-se que a teoria da Reserva do Possível deve ser acolhida no enfrentamento desse período de calamidade pública, pois lutar contra ela é se eximir da realidade de escassez que permeia o país.

Em observância a Teoria das Escolhas Trágicas, o Ministério da Saúde recomenda aos médicos o dever de observar o quadro clínico dos pacientes, bem como as suas condições físicas, no que se referem a idade, problemas de saúde, se a mulher é gestante, dentre outros

fatores. Aos mais saudáveis que, embora estejam contaminados, os profissionais de saúde devem solicitar que tentem recuperar-se em suas casas.

Nos casos mais graves, a recomendação é a estabilização e encaminhamento do paciente ao centro de referência mais próximo. Segundo Villas-Bôas (2014), a gravidade é um dos critérios mais utilizados para o recebimento de cuidados hospitalares, porquanto é natural que se atenda, no caso concreto, um paciente em situação de maior urgência.

Para tanto, foi criada a Lei nº 13.979/2020, que garante aos contaminados pelo coronavírus, em seu artigo 3º, os seguintes direitos:

§ 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo:

I - o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento;

II - o direito de receberem tratamento gratuito;

III - o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020. (BRASIL)

Essa norma dispõe sobre as medidas para enfrentamento da situação emergencial de saúde pública no Brasil. Ela foi criada pelo governo federal com o intuito de socorrer aqueles que necessitam de atendimento prioritário em decorrência do COVID-19, objetivando a proteção da coletividade.

Desta feita, nota-se que todos os esforços têm sido empreendidos para salvar o máximo de vidas possíveis, garantindo o mínimo existencial aos indivíduos. Porém, infere-se que essa tarefa é quase impossível, diante de recursos tão escassos e das condições precárias com que os atendimentos hospitalares são prestados.

Sendo assim, insta ressaltar, que quando houver morte de paciente que por seu quadro clínico e condições físicas, impingir ao médico que o mande para casa, diante das recomendações do Ministério da Saúde, em atenção à Teoria das Escolhas Trágicas, a responsabilidade será objetiva do Estado.

Sob essa ótica, se faz notório que nenhum Direito Fundamental é absoluto, nem mesmo a vida, devendo ser ponderado no caso concreto. Nesta perspectiva, deve-se levar em conta a própria limitação financeira do Poder Público que dá azo à junção das teorias da Reserva do Possível e das Escolhas Trágicas.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45, o STF salientou que “a limitação de recursos existentes é uma contingência que não se pode

ignorar. O intérprete deverá levá-la em consideração ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.”

Do mesmo modo, o STF em decisão emblemática, tendo por relator Ricardo Lewandowski, julgou em 31 de março de 2020, a ADPF 671, proposta pelo PSOL. Desta vez, rejeitando o pedido para que o Poder Público passasse a regular a utilização dos leitos de UTIs (unidades de terapia intensiva) na rede privada enquanto durar a pandemia.

O partido alegava que cabia ao SUS (Sistema Único de Saúde) comandar a gestão da saúde em razão da emergência sanitária. Ao negar o pedido, o ministro considerou que o Judiciário estaria excedendo os limites de sua competência, ofendendo o princípio da Separação do Poderes ao entrar na esfera de atuação do Poder Executivo, o qual possui como prerrogativa o gerenciamento do sistema de saúde.

No entanto, estão faltando leitos de UTIs para a garantia do mínimo existencial. Segundo a Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB), o Brasil precisa aumentar em 20% o total de leitos de UTIs para adultos no SUS visando garantir o mínimo razoável de aparelhos e equipamentos para tratar o coronavírus, equivalendo a 2960 novos leitos. Não obstante, o Ministério da Saúde abriu licitação para contratar apenas 2000, quantitativo bem abaixo do mínimo estipulado pelos especialistas da entidade (MATOS, 2020).

RESULTADO E DISCUSSÃO

É imprescindível que haja uma atuação incisiva do Estado com fulcro em efetivar os Direitos Fundamentais. Essa atuação pode se dar por meio de políticas públicas capazes de sanar, ou minimamente, reparar as necessidades sociais em tempos de Coronavírus.

Os Direitos Fundamentais não podem perder sua eficácia baseando-se somente em decisões políticas e administrativas, pois são axiomas norteadores, que fazem do texto constitucional muito mais que uma mera folha de papel. Afinal, a Constituição é a norma suprema da nação brasileira e, por isso, deve ter efetividade máxima.

Neste sentido, a responsabilidade de elaborar e desenvolver políticas públicas, para efetivar o que nela está insculpido, é de todos. Em primeiro lugar do Estado, que possui as ferramentas apropriadas para executá-las, mas isso não exime a sociedade da sua parcela de contribuição.

Insta ressaltar, que políticas públicas são ações do Poder Público que visam atender os interesses dos cidadãos, através de um conjunto de estratégias que implementam determinadas decisões. No caso, a aplicação dos recursos públicos viabilizando a concretude dos Direitos Sociais seria o ponto de partida para a solução da problemática em epígrafe.

Para tanto, o programa orçamentário elaborado pela Administração Pública deve ser planejado com critério e ter em vistas as dotações necessárias para realização dos Direitos Sociais, pois estas são despesas prioritárias.

Como já se falou, a escassez de recursos não pode servir como empecilho para a efetivação dos Direitos Fundamentais. E, por esse motivo, é extremamente importante o planejamento estatal, no que tange ao orçamento público, para concretização deles.

Assim como o processo de formulação de políticas públicas envolvem a identificação dos diversos grupos sociais e dos diferentes interesses que permeiam a luta por inclusão de determinada questão na agenda pública; o planejamento orçamentário, também, pressupõe negociações e decisões entre representantes políticos e setores sociais; embora este tenha um conteúdo muito mais técnico a ser observado.

Percebe-se, então, o quanto a mobilização de grupos de representantes da sociedade civil é relevante para se formar uma decisão política voltada ao enfrentamento da pandemia. Isso se dá, porque a vontade e os anseios da maioria serão demonstrados e orientará as prioridades, direcionando os investimentos que devem ser realizados.

Desta feita os recursos financeiros do Estado que são escassos, devem ser utilizados para a máxima concretização dos serviços públicos prioritários indicados pela sociedade, garantindo assim o mínimo existencial e promovendo justiça social.

Todavia, a participação da sociedade tem diferentes âmbitos de atuação: ora agindo voluntariamente, quando da elaboração das políticas públicas e do planejamento orçamentário; ora como fiscal dos mesmos, exercendo o seu poder de controle social.

Quanto maior a participação da sociedade, seja na elaboração, na implementação ou na fiscalização, maior será a sua eficácia, porquanto devem representar fidedignamente o que determinada parcela da sociedade requer.

Desse modo, se a sociedade civil se engajar na formulação de políticas públicas voltadas à efetividade dos direitos à saúde, trabalho e educação, e após isso, ao controle das ações governamentais, destinando os tributos arrecadados à efetivação de tais direitos, estes serão cumpridos eximamente, tendo como premissa a máxima efetividade dos Direitos Fundamentais.

No entanto, o que se nota é uma apatia social em se envolver com questões políticas, por inúmeros motivos, mas principalmente, por desacreditar que se pode mudar uma situação já institucionalizada de caos. Enquanto isso, mais pessoas morrem, perdem seus empregos e Direitos Fundamentais são cerceados.

CONCLUSÃO

Portanto, resta comprovado que a Teoria da Reserva do Possível passou a ser amplamente adotada após o surto pandêmico causado pelo Coronavírus. Isto porque, os mais resistentes a essa teoria, notaram que é inalcançável a concretização dos Direitos Fundamentais por todos, tendo como entrave o que a doutrina denomina como “escolha trágica”.

De fato, o instituto supramencionado tem-se agregado de forma favorável ao ordenamento jurídico pátrio, de tal modo que nesse momento de crise financeira, influência diretamente a manutenção do equilíbrio das contas públicas no Brasil. Assim, a Administração Pública que é responsável por administrar e gerir os recursos do Estado, utiliza-o para se guiar no meio do caos financeiro instaurado.

Em casos que houver um empasse entre a esgotabilidade dos recursos e a razoabilidade dos pedidos, caberá ao Judiciário ponderar a relevância das demandas, observando sempre o mínimo existencial e os princípios norteadores do Direito Constitucional, sem perder de vista o orçamento público disponível.

Sabe-se que a vida é um bem indisponível e de incomensurável valor. Considerar custos quando se discute a esse respeito, pode ser considerado por muitos, como ofensivo e imoral. Por outro lado, não há de se negar os problemas estruturais que permeiam a sociedade, como a falta de infraestrutura e investimentos, e o descaso com que o Poder Público lida com a situação.

Então, embora os Direitos Fundamentais disponham de proteção constitucional e possuam aplicabilidade imediata, conforme elucida o artigo 5º, § 1º, da CRFB, não são poucos os desafios práticos para a sua efetivação.

O que para o Judiciário pode ser um simples reconhecimento de um Direito Fundamental, na prática pode ter consequências drásticas diante do caso concreto, e isso, deve ser levado em conta no momento da decisão tomada pelos magistrados. Alocar verbas públicas em uma determinada demanda, pode ser prejudicial a maior parte da sociedade.

Hodiernamente, o Poder Público não consegue suprir nem o mínimo para uma existência digna do indivíduo, como visto ao logo deste ensaio. Exigir direitos que ultrapassem

os limites orçamentários aceitáveis, seria apenas uma forma de abarrotar do Judiciário ainda mais.

Por fim, o ideal seria que os Direitos Fundamentais fossem para todos e cumpridos ponto a ponto. Porém, à luz das teorias aqui abordadas, eles só pertencem a alguns, que são escolhidos por critérios meramente subjetivos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 5ª. Edição. São Paulo: Editora Palheiros editores Ltda, 2008, p. 425.

ARAUJO, Tatiana Sada Jordão. **O acesso ao benefício da prestação continuada pela via judiciária**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; **Curso de Direito Constitucional**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 146.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.979/2020**. Publicada em 6 de fevereiro de 2020

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 292.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2014.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 4ª Edição – revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 209.

MATOS, Thais. Brasil precisa aumentar em 20% o total de leitos de UTI para adultos no SUS para tratar coronavírus, diz entidade médica. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/15/brasil-precisa-aumentar-em-20percent-o-total-de-leitos-de-uti-para-adultos-no-sus-para-tratar-coronavirus-diz-entidade-medica.ghtml>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **O direito à saúde no Brasil: reflexões à luz do princípio da justiça**. São Paulo. Edições Loyola, 2014, p. 157.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PARA ENTIDADES RELIGIOSAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

RICARDO CARLOS DE LIMA

Resumo: O presente estudo tem o intuito de discutir a imunidade tributária para entidades religiosas à luz da constituição federal em seu Art. 150 inciso VI, alínea b, da, a limitação do Estado no poder de tributar. O método utilizado foi o dedutivo e os materiais adotados na pesquisa foram doutrinas, jurisprudência dos Tribunais, leis e artigos científicos. O estudo em tela, inicia-se com a definição pelos doutrinadores sobre a imunidade tributária. A partir disso foi analisado o papel do Estado brasileiro perante a liberdade de crença do cidadão. No desenvolvimento foi lançada a discussão sobre o alcance do poder de tributar do Estado e a imunidades de impostos e delimitando para a imunidade para templo de qualquer culto. Além disso, foi aventada a possibilidade de extensão da imunidade de impostos para outros tributos, como no caso do Imposto de Renda sobre a Pessoa Jurídica, cujo a base de cálculo é a mesma das Contribuições Sociais Sobre o Lucro Líquido. Em sendo, entidades sem fins lucrativos, como poderia ocorrer a tributação uma vez que, não possui o objeto “lucro” caracterizador do fato gerador para incidência. Não obstante, trouxe a baila o entendimento da Receita Federal do Brasil em relação às imunidades e o alcance da mesma, sobre quais rubricas e atividades dos templos religiosos incidiriam a tributação. Por fim, com toda a problemática exposta chegou a conclusão sobre o alcance da mão do Estado mesmo se tratando de entidades com autorização Constitucional para não pagar impostos, tal benefício não se estende aos demais tributos.

Palavras-chave: Imunidade Tributária. Seguridade. Entidades Religiosas.

INTRODUÇÃO

Foi amplamente divulgada nas mídias sociais e na grande imprensa, que o presidente da República anistiará os templos religiosos por meio do PL/1581/2020 em relação a autuações fiscais expedidas pela Receita Federal pelo não pagamento das Contribuições Sociais sobre o Lucro Líquido. Diante disso, verifica-se a necessidade de debruçar sobre o tema a fim de descobrir se há, ou não, a possibilidade de se aplicar a imunidade tributária nas contribuições sociais.

Neste contexto, o Art. 150 inciso VI, alínea b e parágrafo 4º, CF/1988 proíbe os entes federados a instituir impostos sobre os templos religiosos, isto é, delimitando, portanto, que as vedações estendem somente ao, patrimônio, renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas. Por sua vez, no Art. 195 alíneas b e c, no que tange ao financiamento da seguridade social incidirá o tributo quando houver receita ou faturamento e o lucro.

Ademais, cumpre ressaltar o que dispõe o Art. 19 da CF/1988 ao dispor sobre a vedação do Estado de alguma atrapalhar o funcionamento dos templos religiosos, de modo que

uma tributação excessiva atrapalharia o desenvolvimento da atividade em si.

Diante das controvérsias, sobre a incidência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido dos templos religiosos a Receita Federal já se posicionou por meio da Solução de Divergência Cosit nº 39/2013 ao qual estendeu a imunidade dos impostos a CSLL. No entanto, na Solução de Consulta Cosit nº 159/2014 entendeu que se aplicaria a isenção no caso da CSLL, quando todo seu “faturamento” fosse voltado para sua atividade finalística.

METODOLOGIA

Para confecção do presente trabalho, primeiramente buscou-se delimitar o tema, tendo em vista que no campo das imunidades há um vasto material, bem como no campo das Contribuições Sociais. Diante disso, vislumbrando melhor resultado do estudo de caso, e analisando Soluções de Consulta da Receita Federal, Jurisprudência dos Tribunais pátrios, sobretudo, a legislação. Procurou-se dessa forma, ressaltar pontos conflitantes relacionado ao tema. Ademais, deram guarida a elaboração deste presente trabalho, os artigos publicados sobre o tema, sobretudo, a doutrina fonte dos conceitos dos institutos aqui manejados.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

O legislador Constituinte após o regime de exceção quis privilegiar as liberdades individuais e realmente fazer valer as garantias fundamentais. Neste sentido, as imunidades tributárias revelam o espírito e o ideal da Constituição colocando dessa forma um freio na atuação do Estado em determinado seguimento da sociedade.

Nesta senda, o Art. 19 inciso I, da CF/1988 também deixa bem claro que o Estado deve adotar uma postura de neutralidade, de modo que, nem o Estado será favorecido, tampouco persecutório a qualquer templo religioso, vejamos:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público

Assim, as imunidades surgem em contexto de facilitar os trabalhos das entidades religiosas, de modo que fazer um trabalho social que muitas das vezes o próprio não chega para implementar suas políticas públicas.

1.1 Definição de Imunidades

O doutrinador Sabbag define às imunidades tributárias da seguinte forma, vejamos:

Normas constitucionais de desoneração tributária. Em outras palavras, são mandamentos que distanciam a tributação, por vontade do legislador constituinte, que assim se manifesta objetivando homenagear determinados valores inalienáveis da pessoa. Com efeito, as imunidades tributárias delineiam exonerações justificadas teologicamente, uma vez que o legislador constituinte deliberou prestigiar valores constitucionalmente consagrados, tais como a liberdade religiosa, a liberdade política, a liberdade sindical, a liberdade de expressão, os direitos sociais, o acesso à cultura, o incentivo à assistência social etc. (SABBAG, 2020, p. 28)

Nessa linha Paulsen considera às imunidades “como garantias fundamentais quando estabelecidas com escopo de proteger direitos fundamentais como o da liberdade de crença” (PAULSEN, 2020 pg.116).

Diante desses valores inalienáveis da pessoa, e ainda pelo seu valor constitucional consagrado é que se merece olhar cuidadoso deste tema, no intuito de se descobrir se há excesso de exação fiscal por parte do Estado em imputar a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, de modo que as entidades religiosas não possui essa finalidade, no caso, obter lucro.

1.2 Imunidade na Constituição

A imunidade tributária a templos religiosos é concebida pela Constituição Federal, em seu Art. 150, inciso VI, alínea “b” e § 4º institui a imunidade tributária para os templos, sem qualquer restrição, ou reserva a lei complementar. De forma, a garantir de forma plena a liberdade de culto, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)

VI - instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto; (...)

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Ademais, a imunidade religiosa pressupõe a impossibilidade de exação fiscal das religiões, como direito e garantia fundamental da pessoa, afastando os impostos dos templos, independente do seguimento ou números de adeptos.

Por outro lado, sobreleva notar, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 562351 RS que segundo a Corte “ A imunidade tributária conferida pelo art. 150, VI, b, é restrita aos templos de qualquer culto religioso, não se aplicando à maçonaria, em cujas lojas não se professa qualquer religião”.

Conforme, dispõe o Art.150, parágrafo 4º, da CF/1988 os templos poderão exercer atividades conexas, sem óbice ou risco de serem tributadas, uma vez que dispõe sobre, patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a finalidade essencial.

Assim, quando envolver atividades conexas os templos religiosos terão que observar certos quesitos a exemplo: provar o reinvestimento do dinheiro na atividade fim e também a inexistência de prejuízo a livre concorrência, impedindo dessa forma, o cunho empresarial, de forma que inexistente finalidade econômica, no caso o lucro, de acordo com Recurso Extraordinário 87.890 do STF.

A controvérsia está em relação a incidência sobre a Contribuição Social Sobre o Lucro líquido nas entidades religiosas, seguindo a norma positivada em sentido literal caberia somente a imunidade para fins de Imposto de Renda sobre a Pessoa Jurídica, no entanto, caberia a incidência da CSLL, que por sua vez se trata do mesmo fato gerador que é o Lucro.

No trato das imunidades a Lei nº 5.172 de 1966 (CTN) em seu Art.9º inciso IV alíneas a,b,c, e também em seu Art.14 incisos I e II, regulamenta o Art.150 inciso VI, alíneas a,b,c,d,e da Constituição Federal de 1988.

Em se tratando da renda das entidades sem fim lucrativo nos casos dos templos religiosos vale ressaltar o que dispõe o Art.9º inciso IV alíneas b e c, da Lei supracitada, vejamos:

IV - cobrar imposto
sobre[...]

b) templos de qualquer culto

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo

Para manutenção da imunidade, vale ressaltar que o em seu Art.

14. incisos I e II ao determina os requisitos, para aplicação da imunidade , vejamos:

Art.14 - O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observânciados seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título

II - **aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais.** [...]

III

Assim, a entidade religiosa não poderá se valer de benefício para fiscal concedido no Brasil, para financiar obras em outro país e mais deverá ser revestido dentro da instituição nas obras sociais. No mesmo sentido, dispõe Lei nº 9.532/97, em seu Art. 12, § 2, vejamos:

Art. 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.

§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:

a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados, exceto no caso de associações, fundações ou organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva e desde que cumpridos os requisitos previstos nos arts. 3º e 16 da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, respeitados como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;

c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;

d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;

e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade

com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;

f) recolher os tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, bem assim cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes; (Vide ADIN Nº 1802)

g) assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público;

h) outros requisitos, estabelecidos em lei específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo.

Ademais, a Lei 9532/97 em seu Art.12 §3º conceitua o que seria uma entidade sem fins lucrativos, in verbis:

§ 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Assim, o que se extrai do dispositivo, o templo apresentando superávit de suas contas, no caso, por desenvolver atividades diferentes da eclesiásticas deve por suas vez destinar tais valores para atividade finalística a título de exemplificação, uma paróquia que possui um bazar de artigos religiosos com CNPJ independente, deve portanto, reverter os ganhos ali recebido para a atividade fim.

No entanto, segundo Schoueri, deve analisado cada caso, observando até onde vai o exercício dessas atividades se a entidade religiosa caminha para o campo econômico, isto é, a entidade estaria abrindo mão de sua imunidade. Lógico, com base no princípio da razoabilidade, no caso de entidade prestar de serviços de comunicação radiofônica ou televisiva se for com intuito de evangelizar estaria abarcada pela imunidade, caso contrário deveria em princípio, pagar os tributos. (SCHOUERI, 2019. p. 477).

1.3 Da Renda e do Patrimônio e demais receitas e a incidência de tributos

Em se tratando de imunidade está claro que é vedado Constitucionalmente a incidência de impostos sobre a renda, patrimônio e demais serviços relacionado a atividade fim conforme Art.150, inciso VI, alínea “b” da CFRB/88.

É cediço que os templos religiosos são custeados pelos fiéis, no que tange a

constituição de se patrimônio seja por doação de algum imóvel, dízimos, ofertas, contribuições para batismo, casamentos, contribuições mensais custeio de uma estrutura como centro catequético ou escola dominical.

Essas rubricas supramencionadas são formas de angariar receitas por sua vez, um acréscimo patrimonial para os templos religiosos de modo que não incidirá os impostos. Vale dizer, em se tratando de isenção a Receita Federal do Brasil por meio da Instrução Normativa nº1.1911/2019 em seu Art.23 §1º entende que se estende para ostemplos religiosos a isenção da Cofins às receitas auferidas ainda que sem o caráter contraprestacional direto. Em relação o Art.195 alíneas b e c da CFRB/1988, no que tange ao financiamento da seguridade social incidirá o tributo quando houver receita ou faturamento e o lucro.

Ocorre que os templos religiosos são entidades sem fins lucrativos, no entanto, nas suas atividades conexas, por exemplo o bazar, onde existe o Lucro, pode incidir a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, por outro lado o Imposto de Renda sobre a Pessoa Jurídica não incidirá visto que está amparado pela a imunidade.

Em tempo, cumpri lembrar que, mesmo sendo às mesmas normas de apuração do IRPJ, a CSLL não está amparada pela imunidade, e ainda, não existe Projeto de Emenda a Constituição ou Lei Complementar dando guarida aos templos religiosos. Convêm mencionar o que dispõe a Lei 9.891 em seu Art.57 *caput*

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.

Diante, da ausência de Lei autorizando a imunidade ou a isenção da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, a Receita Federal na Solução de Divergência COSIT nº39 de 30 de dezembro de 2013, estabeleceu o alcance da imunidade, no seguinte sentido, vejamos:

ASSUNTO: Normas Gerais de Direito Tributário

EMENTA: TEMPLOS QUALQUER CULTO. IMUNIDADE. ALCANCE

A imunidade prevista na alínea “b” do inciso VI do art. 150 da Constituição aplica-se **exclusivamente a impostos incidentes sobre o patrimônio, renda ou serviços relacionados com as finalidades essenciais dos templos de qualquer culto, e não se estende a qualquer outro tributo.**

NORMAS DE APURAÇÃO E DE PAGAMENTO COMUNS AO IRPJ E À CSLL

O disposto no art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, não autoriza estender à

CSLL a imunidade prevista para o IRPJ. Fica reformada a Solução de Consulta nº 212, de 5 de julho de 2006, da Divisão de Tributação da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil na 9ª Região Fiscal. DISPOSITIVOS LEGAIS: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 150, VI, b, § 4º; Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, art. 57; Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, art. 2º

Tal entendimento normatiza a impossibilidade de se estender a imunidade aos templos religiosos de qualquer culto. Sendo, portanto, todas as autuações da Receita Federal do Brasil em relação as Contribuições Social sobre o Lucro Líquido legais.

Por fim, vale ressaltar que está em tramite no Congresso Nacional o veto presidencial do Art.8º da Lei nº 14.057, de 11 de setembro de 2020, que altera o Art.4º da nº7689 de 15 de dezembro de 1988 veda e estende a imunidade dos impostos para Contribuição Social para Lucro Líquido, vejamos o Art. 8º O art. 4º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º São contribuintes as pessoas jurídicas estabelecidas no País e as que lhe são equiparadas pela legislação tributária, ressalvadas as vedadas na alínea 'b' do inciso VI do caput do art. 150 da Constituição Federal, na forma restritiva prevista no § 4º do mesmo artigo

Embora, possa haver ruídos sobre a extensão da imunidade. Todavia, o que se verifica é uma limitação do Estado no sentido de não avançar sobre as liberdades.

1.4 Imunidade Tributária nos Estados

Sobre aplicação da imunidade tributária no âmbito estadual o que se percebe uma movimentação do legislativo no intuito de estender ao máximo o beneplácito Constitucional. Os Estados que possuem legislação favorável aos templos religiosos são: Paraná, Rio de Janeiro, Santa Catarina e Distrito Federal.

No caso do Estado do Paraná, a Lei estadual Nº 14586 DE 22 de dezembro de 2004, a referida lei tem como objeto a isenção do ICMS para os templos religiosos, conforme determina o Art.1º parágrafo único, in verbis:

Art. 1º Fica proibida a cobrança de **ICMS nas contas de serviços públicos estaduais próprios, delegados, terceirizados ou privatizados de água, luz, telefone e gás, de igreja e templos de qualquer crença**, desde que o imóvel

esteja comprovadamente na propriedade ou posse das igrejas ou templos e sejam usados para a prática religiosa.

Parágrafo único. Nos casos em que o imóvel não for próprio, a comprovação do funcionamento deverá se dar através de contrato de locação ou comodato devidamente registrado, ou ainda, da justificativa de posse judicial

A referida Lei foi questionada no STF na Ação Direta de Constitucionalidade – ADI -3421 tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, de modo que julgou improcedente a ADI, unânime, acompanhado por seus pares, pela constitucionalidade da Lei paranaense, vejamos o julgado:

ICMS - SERVIÇOS PÚBLICOS ESTADUAIS PRÓPRIOS, DELEGADOS, TERCEIRIZADOS OU PRIVATIZADOS DE ÁGUA, LUZ, TELEFONE E GÁS - IGREJAS E TEMPLOS DE QUALQUER CRENÇA - CONTAS - AFASTAMENTO - "GUERRA FISCAL" - AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO. **Longe fica de exigir consenso dos Estados a outorga de benefício a igrejas e templos de qualquer crença para excluir o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços nas contas de serviços públicos de água, luz, telefone e gás.**

(STF - ADI: 3421 PR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de

Julgamento: 05/05/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00126)

Assim, a partir dessa decisão Estados decidiram editar leis neste mesmo sentido, Rio De Janeiro com sua Lei Complementar 188/2020. Por outro lado, no Estado De São Paulo foi votado na Alesp o projeto de Lei 1198 / 2015, texto semelhante ao do Estado do Paraná, no entanto, foi vetado na integralidade, pelo Governador João Doria. Na fundamentação do veto o Governador alegou que não caberia no caso concreto a imunidade, tendo em vista, que os templos religiosos não eram “contribuinte de direito” e sim, “contribuinte de fato” e que tal desoneração ao contribuinte de fato, consequentemente oneraria o contribuinte de direito que são as concessionárias públicas.

CONCLUSÃO

As liberdades individuais na Constituição Federal de 1988 é um deleite para os apreciadores do Estado democrático e de Direito. No entanto, o que ocorre nas últimas décadas que o agigantamento do Estado tem se mostrado um tanto quanto prejudicial para o exercício

das liberdades.

Tendo em vista, o avanço do Estado sobre a liberdade religiosa de forma legal foge dos anseios do Constituinte Originário que idealizava o exercício da liberdade religiosa de forma plena. A limitação do poder de tributar previsto na Constituição não foi suficiente.

Dito isso, o que se extrai do estudo de caso que instituições religiosas não possui a imunidade em se tratando das contribuições sociais, isto é, não possui garantido ordenamento jurídico brasileiro de modo que, deve ser cobradas de acordo com lei. Para tanto, mesmo com a série de remendos legais que dão brechas para interpretações, não há de fato norma autorizativa o que acarreta uma insegurança jurídica, tanto para a Receita Federal do Brasil quanto para os líderes religiosos, que estão desamparados legalmente.

Assim, a para que aja a imunidade Contribuição Social sobre o Lucro Líquido deve passar pelo Congresso Nacional. Vale dizer, que a matéria já fora votada pelo Congresso, no entanto, sofreu veto presidencial Lei nº 14.057, de 11 de setembro de 2020 em seu Art.8º ao qual veda a possibilidade da União cobrar a CSLL dos templos religiosos.

O argumento é que poderia o Executivo Federal incorreria em Crime de Responsabilidade Fiscal caso não vetasse, passando a responsabilidade para o Congresso Nacional novamente ao qual poderá analisar o veto presidencial.

A matéria analisada no presente estudo de caso está em plena discussão o debate está aberto, para os questionamentos sobre o alcance do Estado, as manobras dos líderes religiosos para fugir do fisco. E o que se espera é a ponderação do exercício da fé e a arrecadação do Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de (1988)**. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 de mar. de 2021.

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 (1966)**. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em 21 de mar. de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. **Altera a legislação tributária federal e dá outras providências (1997)**. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532compilado.htm>. Acesso em 21 de mar. de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995 **Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências (1995)**. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8981.htm>. Acesso em 21 de mar. de 2021.

BRASIL. Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988. **Institui contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas e dá outras providências. (1988)**. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532compilado.htm>. Acesso em 21 de mar. de 2021.

SÃO PAULO, Projeto de Lei 1198/2015. dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, e dá outras providências correlatas. Disponível em :< <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1273767>>. Acesso em 18 de abril. de 2021.

RIO DE JANEIRO, Lei Complementar Nº 188 de 27 de janeiro de 2020. **Regulamenta a alínea "b", do inciso VI, do artigo 196 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro**. Publicado DOE-RJ 28 de janeiro de 2020. Disponível em :<<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=389274#:~:text=Art.,templos%20de%20qualquer%20culto%20religioso.>>. Acesso em 18 de abril. de 2021.

PARANÁ, Lei Nº 14586 DE 22 de dezembro de 2004. **Proíbe a cobrança de ICMS nas contas de serviços públicos estaduais à igrejas e templos de qualquer culto**. Publicado DOE –PR 28 de dezembro de 2004. –Disponível em:< <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=143232>>. Acesso em 18 de abril. de 2021

SABBAG, Eduardo Direito tributário essencial / Eduardo Sabbag. – 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020

PAULSEN, Leandro Curso de direito tributário completo / Leandro Paulsen. – 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHOUERI, Luís Eduardo Direito tributário / Luís Eduardo Schoueri. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Lei nº 14.057, de 11 de setembro de 2020. **Disciplina o acordo com credores para pagamento com desconto de precatórios federais e o acordo terminativo de litígio contra a Fazenda Pública e dispõe sobre a destinação dos recursos deles oriundos para o combate à Covid-19, durante a vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, e a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (2020)**. Disponível em :<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-14057-11-setembro-2020-790631-veto-161486-pl..htm>>. Acesso em 21 de mar. de 2021.

STF, **Supremo Tribunal Federal** - RE: 562351 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 04/09/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: Acórdão eletrônico dje-245 divulg 13-12-2012 public 14-12-2012.

STF, **Supremo Tribunal Federal** - ADI: 3421 PR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/05/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00126

RFB. **Receita Federal do Brasil**. Solução de Divergência COSIT nº 39, de 30 de dezembro de 2013. Disponível em :<[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532compilado.htm)>.

Acesso em 21 de mar. de 2021.

AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA LINHA TÊNUE ENTRE A PROMOÇÃO DA JUSTIÇA E A SUA VIOLAÇÃO

TARSIS MATHEUS SIRINO MORAES

Resumo: Este trabalho de curso busca o estudo acerca das ações afirmativas do Estado enquanto medidas de promoção da (in)justiça. A proposta consiste em analisar a questão das ações afirmativas enquanto ferramentas do Estado para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, contrapondo-se ao fato de tais medidas servirem para a manutenção das desigualdades sociais. Primeiro faz-se uma abordagem acerca dos direitos e garantia fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, com o intuito de contextualização do tema, destacando-se o período vivenciado na sociedade no momento da instituição da Assembleia Constituinte. Sobre as ferramentas do Estado para a efetivação dos direitos fundamentais, analisam-se os argumentos que são utilizados para a manutenção das ações afirmativas e, em contrapartida, a necessidade de não perpetuação delas. Destaca-se a importância das medidas diante do contexto social atual, ou seja, a necessidade de manutenção, temporária, das ações afirmativas. Explica-se também o motivo de que essas medidas não podem ser estipuladas eternamente, uma vez que o Estado tem o dever de promover atos que, de fato, solucionem o problema da desigualdade social, promovendo, assim, a justiça. Ao final, ainda se explica que as ações afirmativas de forma isolada não impedem a desigualdade social, mas apenas camuflam essa situação, uma vez que uma pequena parte da sociedade é assistida por tais medidas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Ações afirmativas. (In)Justiça. Desigualdade social. Política de Estado.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, pretende-se discutir questões relacionadas às ações afirmativas promovidas pelo Estado frente as desigualdades sociais, buscando apontar que elas podem ser verificadas não só na vertente de promoção da justiça, mas também como sua violação, ou seja, como meios de se prolongar as desigualdades existentes.

Para construção do raciocínio, primeiro se discute os direitos fundamentais, com destaque no fato de que a Constituição Federal de 1988 determina que todos os indivíduos são iguais, sem qualquer distinção, de modo que é obrigação do Estado promover ações que garantam a efetividade dessas liberdades públicas. Também é feito um breve relato sobre o contexto em que a Carta Magna foi elaborada, com o intuito de contextualizar o leitor acerca das características do texto constitucional.

Ato contínuo, passa-se à abordagem das ações afirmativas como ferramentas do Estado para a promoção da justiça, visando à redução das desigualdades sociais. Nessa seção são apresentados pontos a respeito dessa política, tanto quanto a sua necessidade como argumentos negativos.

Posteriormente, busca-se realizar um contraponto sobre os pontos positivos e negativos das ações afirmativas, fazendo-se uma abordagem sobre a sua necessidade e o modo que deve

ser entendida, a fim de mostrar que não são a solução cabal para o problema social da desigualdade que ainda impera na sociedade atual. Isso porque, adianta-se, as ações afirmativas são importantes na atual conjuntura social, entretanto não podem ser perpetuadas na história como se não houvesse outros meios para resolver as mazelas sociais.

Ao final, são apresentadas as considerações sobre a pesquisa realizada, ou seja, as conclusões que se pôde chegar com a breve explanação no tema proposto.

METODOLOGIA

O estudo em tela se insere no âmbito jurídico, envolvendo assuntos teóricos e aqueles retirados da realidade fática, mas sempre relacionando o conteúdo de acordo com material teórico. De tal forma, necessária a busca do conhecimento estruturado por meio da literatura, ou melhor, primordialmente em livros, na lei e na jurisprudência, relacionados à matéria em questão.

Como o trabalho visa à exploração acerca da promoção da justiça diante do controle social, busca-se fundamento basicamente nos fundamentos constitucionais acerca do tema, de como os princípios são aplicados.

Devido a pesquisa ter se restringido à literatura, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica. A escolha deste método se demonstrou adequado, uma vez que propiciou a elaboração do trabalho e, ao final, a apresentação das considerações acerca do tema.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Não há como trabalhar o tema proposto sem proceder a uma abordagem, mesmo que sucinta acerca dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, até porque é neles que se encontra o cerne da questão a ser trabalhada. Desse modo, é importante proceder à contextualização acerca das liberdades individuais no texto constitucional e, em seguida, relacionar com a necessidade das ações afirmativas, para depois discorrer sobre o tema principal, que se circunda sobre a promoção da justiça frente a essas medidas.

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No ordenamento jurídico brasileiro há a garantia dos direitos fundamentais, ou seja, existe uma série de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por ele proporcionados aos indivíduos que nele se encontram.

Pode-se considerar que os direitos fundamentais são aqueles que garantem que o ser humano viva de acordo com essa condição, ou seja, que todas as pessoas tenham respeitada a sua dignidade em aspecto amplo.

Sobre os direitos fundamentais, também denominados como liberdades públicas, como bem destaca Bulos (2014, p. 526), cabe transcrever as palavras do mencionado autor:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social.

Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos não sobrevive.

(...)

As liberdades públicas têm a natureza de normas constitucionais positivas, pois derivaram da linguagem prescritiva do constituinte.

Na medida do possível, têm aplicação direta e integral, independentemente de providência legislativa ulterior para serem imediatamente aplicadas (...).

(BULOS, 2014, p. 525-526)

Com isso, verifica-se que, para o desenvolvimento integral da pessoa, se demonstra necessária a observância e o pleno exercício dos direitos fundamentais, não podendo eles ser apenas algo positivado no texto constitucional, mas sem eficácia.

Acima, apresentou-se a ideia de que as liberdades públicas existem para garantir que a pessoa se desenvolva de forma integral e com dignidade. Agora, é preciso esclarecer que a dignidade da pessoa é colocada em posição de extremo destaque na Carta Magna, sendo elevada a fundamento da república.

Logo no início do texto constitucional, verifica-se que são colocados como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana, conforme se confere no artigo 1º da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Grifo nosso)

Mais adiante no texto constitucional, mais especificamente no Título II, são positivados, expressamente, diversos direitos e garantias fundamentais, os quais não serão integralmente citados devido a sua elevada quantidade.

Todavia, para o estudo que se propõe no presente trabalho, não se pode deixar de apresentar o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, o qual prevê que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza:

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:

No decorrer do dispositivo retrotranscrito são apresentados inúmeros incisos em que são positivados direitos e garantias fundamentais, porém é preciso ressaltar que no decorrer do texto constitucional também são apresentadas outras liberdades públicas. Além disso, os direitos e garantias expressos na Constituição Federal de 1988 “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Constituição Federal, artigo 5º, § 2º).

Diante do teor do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, depreende-se a ideia de que o Estado deve proporcionar meios para garantir a igualdade de todas as pessoas, ou seja, não basta que essa premissa esteja positivada no texto constitucional, mas é preciso a existência de ferramentas que proporcionem a sua execução, com o intuito de o instituto não se tornar letra morta.

Como é sabido, nem sempre algo que está positivado, mesmo que na Carta Magna, de fato é respeitado. Isso significa que, mesmo existindo a previsão de determinado direito no texto constitucional, pode ocorrer a não aplicação efetiva junto à sociedade. Daí a necessidade de existência de meios para que o Estado garanta o respeito aos direitos fundamentais aos indivíduos, em especial, garantir que a igualdade entre as pessoas seja efetivada.

Nesse passo, cabe destacar que Constituição Federal Brasileira de 1988 se classifica, quanto a sua finalidade, como dirigente ou social, onde o Estado se apresenta como intervencionista, justamente para garantir às pessoas os direitos fundamentais inerentes ao ser humano. Quanto a essa finalidade da Constituição Federal, cabe transcrever as palavras de Cunha Júnior (2018, p. 109):

Com efeito, não basta considerar a Constituição como uma ordem normativa de organização, em que se determinam vinculativamente as competências, formas e processos do exercício de um poder racionalizado e limitado. Para além disso, é necessário relacionar essas “competências”, “formas” e

“processos” com determinados fins, pois só assim a Constituição alcançará dignidade material, superando definitivamente as sequelas de descrédito do Estado de Direito Formal. Ela deve ser considerada, portanto, como uma *ordem fundamental material*, que pressupõe uma dimensão constitucional-constituente, mista de *ordem* e *programa de ação*. O sentido normativo da Constituição dirigente concebe-se como prospectivamente orientado, abrindo via no futuro. Nesta perspectiva – afirma Canotilho – “a lei fundamental é ‘esboço de uma via’ e algo de ‘desejado’ e não apenas um estatuto ‘confirmante ou garantidor do existente’”.

Dessa forma, pode-se observar que, de acordo com o texto constitucional, deve ser garantido aos indivíduos o pleno exercício dos direitos fundamentais, ou seja, não pode ser apenas algo que está previsto, mas necessita ter efetividade prática.

É preciso salientar que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada após um longo período de regime ditatorial militar, em que diversos direitos foram tolhidos, e após longos anos em que se privilegiava uns em detrimento de outros.

Diante desses fatores, quando convocada a Assembleia Constituinte, para a confecção da atual Constituição Federal, tentou-se, ao máximo, proteger textualmente aqueles direitos que outrora não tinham a devida observância. Daí vem a característica de ser dirigente, onde foi necessário positivar direitos inerentes ao homem a fim de se tentar protegê-los.

Sobre o momento em que a Constituição Federal de 1988 foi elaborada, mostra-se interessante observar as considerações feitas por Bonavides (2018, p. 599-600):

Em seguida, o Presidente da Constituinte, Ulysses Guimarães, fez, sob os aplausos dos constituintes, uma profissão de fé na mudança e no futuro das instituições: “A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação Vai mudar”. Disse que eles estavam ali para dar à “vontade indomável” do povo “o sacramento da lei”, e numa sinopse da missão que os congregava naquele recinto ponderou: “A ampla maioria de que dispomos nesta Casa, constitui garantia bastante de que faremos uma Constituição para a Liberdade, para a justiça e para a soberania nacional”. Propunha uma ruptura com o liberalismo clássico “que deixa às livres forças do mercado o papel regulador de preços e salários em uma época de economia internacionalizada e de cartéis poderosos”, e advertiu que “quando as elites pensam apenas na sobrevivência de seu poder oligárquico colocam em risco a soberania nacional”.

Como visto, no momento da instituição da Assembleia Constituinte o ideal político era, pelo menos em tese, de mudança no sistema então vigente, buscando a garantia daqueles direitos anteriormente violados.

Para não deixar dúvida acerca do intuito do constituinte, demonstra-se interessante analisar o preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (sic)

No texto acima transcrito, verifica-se que o constituinte tinha em mente, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, garantir os direitos fundamentais aos indivíduos que compõem a sociedade, numa tentativa de afastar as injustiças e desigualdades até então existentes.

Apesar de não constituir norma impositiva a ser observada, o preâmbulo consiste em um vetor de interpretação, tendo em vista que ele reflete a posição política e ideológica do constituinte. Aliás, cumpre mencionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do preâmbulo da Constituição Federal:

O preâmbulo, ressaí das lições transcritas, não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias etc. (...). (ADI 2.076/AC. Relator Min. Carlos Veloso. 15/08/2002).

Diante das considerações até então apresentadas, é possível se concluir, como um primeiro ponto, que o Estado brasileiro tomou para si a obrigação de garantir aos indivíduos o seu pleno desenvolvimento, preservando-se o respeito a todos os direitos considerados fundamentais. Agora é preciso verificar se de fato isso ocorre.

1.2 AÇÕES AFIRMATIVAS COMO FERRAMENTA DO ESTADO

Como tratado no item anterior, é obrigação do Estado garantir o pleno exercício pela população das liberdades individuais, contudo o que de fato ocorre não é como está prescrito no texto constitucional.

A ideia do constituinte de 1988 de positivar o máximo de direitos fundamentais e corrigir longo período de injustiças pode ter sido excelente no plano ideário, contudo deve ser observado que, de fato, tais ideologias não conseguiram ser alcançadas.

De acordo com o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, tema já debatido neste trabalho, entretanto essa igualdade está longe de ser alcançada. Na verdade, ainda há muita desigualdade social, existe muita injustiça que está longe de ser sanada.

A correção desse desequilíbrio social não está simplesmente na positivação dos direitos individuais, não se configura apenas numa previsão constitucional acerca do tema. A solução do problema requer medidas concretas pelo Estado, ações que atinjam verdadeiramente o ponto crucial das injustiças sociais e propiciem meios para a promoção do bem comum.

Necessário esclarecer que a igualdade buscada não é tratar todos da mesma maneira, nem entregar às pessoas que compõem a sociedade quotas-partes iguais, até porque vivemos em uma sociedade capitalista.

A igualdade aqui tratada é aquela em que o Estado fornece os mesmos meios para todos de se desenvolverem e, assim, alcançarem os seus objetivos. Ou seja, o Estado deve proporcionar a todas as pessoas as mesmas condições de estudo, saúde, acesso à cultura etc., a fim de que elas consigam ascender socialmente, caso esse seja o seu objetivo.

É fato público e notório que o Estado brasileiro ainda não conseguiu proporcionar meios para a população a fim de que todos os indivíduos tenham as mesmas condições de desenvolvimento. Por isso, tenta solucionar o problema com ações paliativas, que de fato não atingem o cerne do problema.

Nesse ponto, entra a figura das ações afirmativas, que podem ser incluídas como meios de controle social, no sentido de o Estado promover ações cujo objetivo é a redução das desigualdades e aproximação entre as pessoas.

São diversos os exemplos de ações afirmativas, podendo ser citados dentre outros tantos: 1) o Programa Bolsa Família, criado pela Lei nº 10.836/2004, onde se busca, em apertada síntese, fornecer um auxílio financeiro às famílias de baixa renda, sendo observadas as características de cada unidade familiar para fixação do benefício; 2) cotas para o ingresso em instituições de ensino, que, no âmbito federal, são disciplinadas pela Lei nº 12.711/2012; 3) cotas raciais para ingresso em empregos públicos, que, no âmbito federal, são disciplinadas pela Lei nº 12.990/2014; e 4) auxílio emergencial decorrente da situação ocasionada pela pandemia de COVID-19, criado pela Lei nº 13.982/2020.

Talvez um dos exemplos mais emblemáticos seria a existência de cotas para ingresso em universidades federais, exemplo esse que será mais bem detalhado com a legislação respectiva para ilustrar o deste trabalho.

No âmbito federal, a Lei nº 12.711/2012 estipula que 50% (cinquenta por cento) das vagas oferecidas em cada curso de instituições federais de ensino superior serão reservadas para alunos oriundos de escolas públicas, sendo que desse percentual ainda será reservada a metade para estudantes oriundos de famílias com renda per capita igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio), conforme disposto no artigo 1º:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

É preciso ressaltar, ainda, que dentro do percentual apresentado acima, as vagas serão divididas proporcionalmente por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, conforme determina o artigo 3º da Lei nº 12.711/2012:

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

Além das cotas para ingresso em instituições de ensino superior, a Lei nº 12.711/2012 também estipula a reserva de vagas para o ingresso em instituições federais de ensino técnico de nível médio, na mesma proporção acima apresentada, conforme pode ser conferido nos artigos 4º e 5º da lei retromencionada.

Esse assunto demonstra-se demasiadamente polêmico e complexo, motivo pelo qual não se quer, com a presente discussão, esgotar o assunto, mas apenas chamar a atenção para pontos que merecem ser refletidos.

Por não fornecer os meios necessários para se garantir a todas as pessoas as mesmas condições de desenvolvimento, são concretizadas medidas que possuem o intuito de minorar as desigualdades sociais, que visam a promoção social dos indivíduos menos privilegiados.

Essas ações afirmativas buscam romper com uma cadeia elitizada das cadeiras nas academias, nos postos de melhores empregos, enfim, pretendem uma maior participação social.

Ocorre que nem sempre as ações afirmativas são vistas com bons olhos pela sociedade. Apesar de, em tese, visarem o bem comum, muitas vezes são tidas como medidas causadoras do aumento da desigualdade social. Existem muitos posicionamentos que defendem que ações afirmativas, na verdade, apenas estimulam mais a discriminação e que proporcionam benefícios a indivíduos que, de acordo com esse entendimento, não teriam direito a eles.

A defesa desse posicionamento, muitas vezes, aduz que é facilitada a vida dos beneficiados, uma vez que eles alcançariam determinados objetivos sem despendar o mesmo esforço que aqueles que não foram atendidos pelas ações afirmativas. Mais ainda, que os beneficiados não estariam preparados o suficiente para ocuparem a posição alcançada.

De fato, não se pode abolir esse posicionamento, uma vez que não é infundado. Pelo contrário, tais argumentos se demonstram plausíveis e aptos a fundamentar discussão nesse sentido. Por um lado, as ações afirmativas podem ser vistas como certos privilégios dispensados a uma parte da população em detrimento das demais.

Ocorre que as ações afirmativas são um meio, mesmo que precário, do Estado propiciar meios para produzir um certo equilíbrio no meio social, de modo que se demonstram como uma importante ferramenta.

Essa importância das ações afirmativas foi bem destacada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ação declaratória de constitucionalidade nº 41, onde foi declarado que a Lei nº 12.990/2014 é constitucional, conforme ementa a seguir colacionada:

Ementa: Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. **1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente.** 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma

política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

(ADC 41, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017) (Grifo nosso)

Sobre o tema, cabe destacar um excerto extraído da obra de Sandel (2013, p. 213):

O argumento da diversidade para a ação afirmativa não depende de concepções controversas da responsabilidade coletiva. Tampouco depende de mostrar que o estudante pertencente à minoria que tenha tido prioridade na admissão tenha sofrido pessoalmente alguma discriminação ou desvantagem. Ele trata a admissão do beneficiado não como uma recompensa, mas como um meio de atingir um objetivo socialmente mais importante.

O princípio da diversidade se justifica em nome do bem comum – o bem comum da própria faculdade e também da sociedade em geral. Primeiro, defende que um corpo estudantil com diversidade racial permite que os estudantes aprendam mais entre si do que se todos tivessem antecedentes semelhantes. Assim, como um corpo discente cujos componentes pertencessem a uma só área do país limitaria o alcance das perspectivas intelectuais e culturais, o mesmo aconteceria com um corpo estudantil que refletisse homogeneidade de raça, etnia e classe social. Em segundo lugar, o argumento da diversidade considera que as minorias deveriam assumir posições de liderança na vida pública e profissional, porque isso viria ao

encontro do propósito cívico da universidade e contribuiria para o bem comum.

O problema maior não é a existência das ações afirmativas, mas sim o modo que elas vêm sendo empregadas, ou seja, a sua política de propagação e prolongação no tempo se solucionar verdadeiramente o problema.

1.3 JUSTIÇA OU INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

No item anterior foi abordada a existência de ações afirmativas para se possibilitar um equilíbrio social, contudo é preciso verificar como deve ser feita a sua aplicação, de modo que o efeito não seja justamente o contrário do objetivo primário.

Não deveria ser objetivo principal o de perpetuação das políticas de ações afirmativas, ou seja, tais medidas deveriam ser pensadas apenas como soluções precárias e provisórias, de modo a atender a uma situação emergencial e passageira.

Esses meios deveriam ser empregados tão somente enquanto o Estado se estruturasse e pudesse fornecer a todos os meios necessários de se desenvolverem plenamente, sem a necessidade de mais intervenção. Isso significa que as ações afirmativas deveriam ser consideradas como uma política de Estado.

Pensadas dessa maneira, de forma transitória e emergencial, as políticas de ações afirmativas podem ser consideradas como meios de promoção da justiça, ou seja, medidas que visam diminuir a desigualdade social e promover socialmente aqueles que não tiveram acesso às mesmas condições de pleno desenvolvimento de outros indivíduos.

Voltando ao exemplo dado no tópico “1.2 AÇÕES AFIRMATIVAS COMO FERRAMENTA DO ESTADO”, no que se refere às cotas para ingresso em instituições de ensino, o artigo 7º da Lei nº 12.711/2012 apresenta redação que transmite a ideia de transitoriedade da ação afirmativa, conforme se observa do dispositivo a seguir transcrito:

Art. 7º No prazo de dez anos a contar da data de publicação desta Lei, será promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

No caso apresentado, a própria legislação indica que a ação afirmativa não é algo que se pretenda eternizar, uma vez que se prevê a revisão do programa para análise da necessidade de dar continuidade à medida.

O Supremo Tribunal Federal também já decidiu pela constitucionalidade das ações afirmativas quando refletem a ideia de transitoriedade, por um tempo limitado, conforme se observa no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 186, cuja ementa a seguir se transcreve:

Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. **I – Não contrária - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.** II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. **VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reparam apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.** VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

(ADPF 186, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00009) (Grifo nosso)

No entanto, não é o que se observa. Pelo contrário, de fato, o Estado não emprega esforços suficientes para implementar medidas que, efetivamente, promovam a justiça social, aquelas que garantam a todos, indistintamente, os meios necessários ao seu pleno desenvolvimento.

O que se observa é que as ações afirmativas se tornaram uma política de governo, tendo em vista que entram e saem governantes e a situação da desigualdade social não recebe o devido tratamento. Não são empreendidos os meios necessários para atingir o problema em seu nascedouro e, assim, solucioná-lo.

Ao que parece, pretende-se dar continuidade aos problemas sociais de falta de suporte para pleno desenvolvimento de todos os cidadãos e, assim, manter uma política eterna de ações afirmativas para socorrer pequena parcela da população necessitada, uma vez que também não atingem a sociedade em peso.

A permanência dessa situação resulta em injustiça, na continuidade das desigualdades sociais, uma vez que o problema não foi solucionado, mas apenas camuflado, o que não pode ser admitido.

É preciso deixar bem claro que neste trabalho não se busca defender a abolição das ações afirmativas ou que elas não sejam necessárias. Na atual conjuntura social em que se tem, elas precisam existir, pois ainda são um meio de amenizar o desequilíbrio social.

A questão que se busca abordar é que as ações afirmativas devem ser vistas com cautela e não se pode admitir que o Estado não empreenda meios para solucionar efetivamente o problema da justiça e igualdade entre as pessoas.

Não se pode conceber a ideia de eternizar as ações afirmativas como a solução para os problemas existentes, pois, como mencionado em linhas pretéritas, mesmo essa medida paliativa, não atinge toda a sociedade, mas apenas uma pequena parcela, de modo que as injustiças sociais permanecem, a desigualdade permanecesse, e é essa a crítica que aqui se faz, é esse fato que não pode ser admitido.

CONSIDERAÇÕES

Após a realização do presente estudo, pode ser observado o quão importante é o assunto no contexto social, tendo em vista que é algo que se refere desde a positivação dos direitos e garantias individuais até a sua efetivação, ou seja, a promoção de medidas pelo Estado para o respeito e exercício das liberdades públicas pelos indivíduos que integram a sociedade.

Não é um item fácil de se discutir, pelo contrário, demonstra-se muito abrangente e controvertido, motivo pelo qual foi necessário restringir muito a sua discussão, possibilitando extrair conclusões sucintas e, ao mesmo tempo, profundas sobre o caso.

Pôde-se extrair que as ações afirmativas não são a melhor solução para redução das desigualdades sociais, uma vez que funcionam como medidas paliativas. Uma verdadeira solução atingiria o ponto crucial do problema e não apenas a sua superficialidade, como vem ocorrendo. Todavia, percebeu-se que, mesmo não sendo a melhor medida de se promover a justiça social, as ações afirmativas ainda se demonstram importantes, por amenizar o desequilíbrio social.

Em contrapartida, verificou-se que, apesar de ser uma medida paliativa que ameniza o desequilíbrio social, as ações afirmativas não podem ser consideradas como meios que deverão se perpetuar, mas devem ser vistas como instrumentos provisórios, sendo que o Estado deve promover ações para solucionar verdadeiramente o nascedouro do problema, propiciando meios para que todos os indivíduos possam se desenvolver plenamente, de modo que não precisará mais recorrer às ações afirmativas.

Aliás, cumpre salientar que o Estado já deveria ter promovido as ações necessárias para propiciar a todos os indivíduos meios de se desenvolverem plenamente, de modo que as ações afirmativas não precisassem ser invocadas. Observou-se, nesse ponto, uma grande falha do Estado.

Perpetuar as ações afirmativas sem, de fato, resolver o problema reflete na manutenção da injustiça social, na desigualdade, uma vez que elas estarão apenas camufladas.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11 edição, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei n. 10.836, de 09 de janeiro de 2004**. Brasília, DF. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L10.836compilado.htm>.

_____. **Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Brasília, DF. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12711.htm>.

_____. **Lei n. 12.990, de 09 de junho de 2014.** Brasília, DF. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm>.

_____. **Lei n. 13.982, de 02 de abril de 2020.** Brasília, DF. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm>.

_____. **Supremo Tribunal Federal, ADC 41,** Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, DJe-180 16-08-2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal, ADI 2076,** Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 08-08-2003.

_____. **Supremo Tribunal Federal, ADPF 186,** Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, DJe-205 17-10-2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** – 8 edição, revista e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013, São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional.** 12 edição, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** 2 edição reformada. São Paulo: Moderna, 2004.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa;** [tradução 12 edição de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. – 12 edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 43 edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 105, de 12/12/2019. São Paulo: Malheiros, 2020.

POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: NECESSIDADE E CONSEQUÊNCIA

THAÍS LOURENÇO SANTOS OLIVEIRA

Resumo: O presente trabalho possui como objeto principal o estudo acerca da dispensa de licitação pública em casos específicos, principalmente, na aquisição de bens ou serviços no contexto atual de pandemia. Para isso, buscou-se inicialmente, o estudo mais circunstanciado do tema através da Lei nº 14.133/21, expondo o conceito, requisitos e modalidades da licitação pública. Destacando que o que concretiza o procedimento é a escolha da melhor proposta. Foram expostos os princípios básicos que norteiam o processo de licitação, que estão elencados no artigo 37 da Constituição Federal, o mesmo que instituiu a regra da obrigatoriedade da licitação, além disso, também foram apresentadas as modalidades deste instituto. Foi instituída uma crítica em relação ao “aproveitamento imoral” de algumas autoridades num momento tão delicado devido ter havido relatos de casos de corrupção diante da situação de calamidade pública vivida no país. Torna-se claro que esse estudo encontrou seu ápice na análise da hipótese de dispensa de licitação, criada pela Lei nº 13. 979/2020 visto o cenário pandêmico. Procurou-se expor as situações que demonstram desvantagens auferidas pela Administração Pública ao adotar tal medida.

Palavras-chave: Licitação. Dispensa. Pandemia. Calamidade Pública. Corrupção.

INTRODUÇÃO

A licitação ocorre quando o Estado precisa adquirir produtos e serviços para executar suas tarefas, o Poder Público submete-se à contratação de particulares através do processo licitatório. As contratações seguem os comandos da Constituição Federal Brasileira de 1988 e da Lei nº 14.133 de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Há dois pilares essenciais para a licitação: pessoas que querem participar e o melhor produto pelo menor preço. Tais operações se destinam a conseguir a melhor proposta para a Administração Pública, estimulando a competitividade entre os participantes e proporcionando igualdade de condições para os interessados que desejem participar do certame.

Porém, a licitação também pode ser dispensada em situações específicas, as hipóteses estão estampadas no artigo 75 da Lei nº 14.133/2021. Ressalta-se especificamente o inciso VIII, que deixa claro a possibilidade da contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas,

por dispensa para aquisição de obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, destinados ao enfrentamento da emergência de saúde.

Com o advento da pandemia ocasionada pela COVID-19 veio à tona problemas de um sistema público que já se encontrava desordenado. Frente à emergência, medidas para o enfrentamento foram adotadas pelo governo, visto o reflexo causado no âmbito da Administração Pública.

Diante da necessidade de cooperação dos Entes, para garantia do Direito à Saúde que está expresso no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, houve diversas inovações legislativas para viabilizar as contratações públicas dentro da legalidade no qual dispõe o artigo 24, inciso IV da Lei 8.666/93, ampliada pela Lei 13.979/2020 e alterada pelas Medidas Provisórias 926/2020, 951/2020 e 961/2020, bem como regulamentando a aplicação da Lei 12.462/2011 e agora alterada pela Lei 14.133/2021.

O presente estudo de caso tem como objetivo geral expor a problemática de até que ponto é possível dispensa de licitação dentro da legalidade nas contratações da Administração Pública mediante o cenário pandêmico atual.

METODOLOGIA

O presente estudo foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica com levantamento de dados em doutrinas, normas legais, decisões jurisprudenciais, artigos, revistas, jornais, sites, tendo como fundamento teórico, escritores e pesquisadores da área de direito público e direito administrativo com notório saber sobre o assunto pesquisado, em busca da identificação dos conceitos a respeito da Administração Pública e Licitação. Foram utilizados ainda documentos legais, como: a Constituição Federal de 1988, a atual Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) dentre outras legislações que embasam o processo licitatório na gestão pública.

1 LICITAÇÃO PÚBLICA

A licitação é um procedimento integrado por fatos e atos da Administração Pública juntamente com atos e fatos dos licitantes, no qual há a atuação de forma harmônica de ambos para que se forme a vontade contratual. Nada mais é do que a forma como a Administração Pública pode comprar e vender.

A licitação deve sempre atender ao interesse público, de forma que se busque a proposta mais vantajosa e dispondo de igualdade nas condições, bem como nos demais princípios resguardados pela Constituição, assim defende Adyla Albuquerque Bernardino (2012), no artigo “Conceituação, finalidades e princípios da Licitação”.

Originou-se na idade média, nos Estados Medievais da Europa, mas no Brasil, o processo de licitação foi introduzido por meio do Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862. Porém, a consolidação no âmbito federal só ocorreu em 1922, com Decreto nº 4.536. A partir da Constituição Federal de 1988, a licitação passou a ser tida como princípio constitucional.

O artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988 define como regra a obrigatoriedade da utilização de licitação, elucida:

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: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL,1988).

O artigo contextualiza haver à obrigatoriedade desse processo para a aquisição de serviços e produtos por parte da administração pública. Mas, é a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 que estabelece a regulamentação da licitação, ou seja, de que maneira essas normas devem ser aplicadas.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles também pontua: “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Em síntese, define-se como um processo administrativo que visa assegurar igualdade de condições a todos que queiram realizar um contrato com o Poder Público.

1.1 PRINCÍPIOS

Inicialmente, é essencial compreender os princípios, para que se possa atingir o fundamento da licitação pública. Os princípios básicos estão previstos no artigo 37 da Constituição Federal, o mesmo que instituiu a regra da obrigatoriedade da licitação.

O processo licitatório deve ser submetido às condições impostas pelos princípios constitucionais da “isonomia, legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros correspondentes, se assim houver”, assim descreve Adyla Albuquerque Bernardino (2012).

Também estão elencados como princípios da licitação, segundo o artigo 5º da Lei 14.133/2021:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os **princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável**, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (Grifo nosso).

O princípio da legalidade está previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Segundo esse princípio, todos estão sujeitos à Lei e devem respeitá-la.

O princípio da impessoalidade prevê que deve haver imparcialidade diante de interesses particulares e todos os critérios do procedimento licitatório devem estar baseados no interesse público.

O princípio da moralidade e probidade administrativa remete-se aos padrões morais, ou seja, o comportamento íntegro realizado por membros da sociedade. A moralidade colocada no meio administrativo defende que todos os envolvidos, tanto licitantes como agentes públicos devem seguir a regência de princípios éticos e legais, baseados nas regras da boa administração.

O princípio da publicidade expressa que a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura. Esse princípio assegura a todos os interessados o direito à fiscalização de todos os atos do processo, a fim de verificar se estão em conformidade com a lei. Entende-se que as licitações devem ser públicas e todas as pessoas interessadas devem ter acesso a elas, havendo a necessidade de divulgação de todas as ações de cada etapa do processo de licitação.

O princípio da isonomia garante a igualdade no âmbito jurídico, no sentido de oferecer as mesmas oportunidades e condições a todos os interessados, além de possibilitar a participação do maior número possível de concorrentes no processo de licitação.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório estabelece que todas as determinações constantes do instrumento convocatório deverão ser rigorosamente seguidas e respeitadas, é por meio dele que as normas e os procedimentos do processo de licitação são apresentados.

O princípio do julgamento objetivo defende que o administrador deverá se basear em critérios objetivos definidos no edital, afastando-se de fatores subjetivos no julgamento das propostas, ainda que estejam baseados no benefício da administração pública.

1.2 MODALIDADES E FASES DO PROCESSO LICITATÓRIO

A depender do preço do bem ou serviço a ser contratado, o estado precisa seguir uma modalidade de licitação específica.

A primeira modalidade é a Concorrência: é a mais ampla e que exige mais requisitos. É para obras de grande porte (acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais)) e produtos mais caros acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

A segunda modalidade é a Tomada de preços: exige um cadastramento prévio e pode ser usada para obras de médio porte (até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais)) e produtos de preço intermediário (até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)).

A terceira modalidade é o Convite: usada para obras de pequeno porte (até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)) e produtos mais baratos (até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)). É mais rápida e com menor publicidade. A concorrência é realizada entre pelo menos três interessados convidados pelo Poder Público.

Para a aferição desses valores, não pode haver fatiamento da compra. É necessário que tudo seja comprado em conjunto.

A quarta modalidade é o Concurso: serve para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, conforme instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores.

A quinta modalidade é o Leilão: usado para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis. Aqui ganha quem der o maior lance.

A sexta modalidade é o Pregão: modalidade existente desde 2002, para adquirir bens e serviços considerados comuns, a disputa implica em propostas e lances sucessivos. Essa modalidade inverte a ordem das coisas e, por isso é mais ágil.

Nas modalidades anteriores, é necessário primeiro a entrega e conferência de vários documentos sobre a idoneidade da empresa, cumprimento de requisitos, para depois acontecer à concorrência.

Assim, são analisados documentos de muitas empresas que não vão ganhar o que aumenta muito o tempo empregado no processo todo. No caso do pregão eletrônico, ocorre uma inversão: primeiro a empresa ganha a concorrência para depois seus documentos serem avaliados. Se não estiverem em ordem, então, serão avaliados os documentos do segundo colocado e assim por diante.

A ideia é que seja mantida uma igualdade entre aqueles que prestam o serviço, de modo que qualquer um possa fornecer ao serviço público, mas também – e principalmente – que se consiga o melhor bem ou serviço, pelo menor preço possível.

Para isso, há alguns critérios para que seja escolhida a melhor proposta: menor preço, melhor técnica, preço e técnica, maior lance ou oferta (exclusivamente, para casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso).

Ante a importância do processo licitatório e da observância de princípios, é necessária a obediência das fases da licitação pública, quais sejam: Edital (deve estar descrito o tipo de bem que o poder público quer especificamente); Habilitação (verificação da idoneidade da empresa através da análise de toda documentação necessária); Julgamento e classificação das propostas (podendo haver, neste momento, impugnação); Homologação (subentende-se que o processo foi feito dentro dos parâmetros legais); Adjudicação (geração de um contrato público que será executado posteriormente).

2 DISPENSA DE LICITAÇÃO: HIPÓTESE DE CALAMIDADE PÚBLICA

A dispensa de licitação nada mais é que a possibilidade de celebração direta de contrato entre a Administração e o particular, sem a necessidade do processo licitatório.

A lei enumerou expressamente as hipóteses de dispensa de licitação, sendo este rol taxativo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas no art. 75, da Lei 14.133/21.

Destacamos o inciso VIII do art. 75 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, do qual se refere sobre situação emergencial e/ou calamidade pública, senão vejamos:

Art. 75. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - nos casos de **emergência ou de calamidade pública**, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a reconstrução de empresa já contratada com base no disposto neste inciso. (Grifo nosso).

Hely Lopes Meirelles descreve como “emergência”:

A emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas consequências lesivas à coletividade. (Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 253).

No fim de janeiro do ano de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto de um vírus causador de doença pulmonar grave constituía emergência de saúde pública de importância internacional. Posteriormente, houve impacto na economia e nas relações sociais de todo o mundo.

2.1 MUDANÇAS NA LEI DE LICITAÇÕES DECORRENTES DA PANDEMIA

Diante a maior crise sanitária do século, houve a necessidade de adoção de medidas extremas para contenção da doença. A pandemia trouxe impactos grandiosos, principalmente, no âmbito da saúde.

Foi criada a Medida Provisória nº 926/2020 possibilitando o aumento do gasto público, onde houve a permissão da flexibilidade das regras de licitação para bens e serviços voltados ao combate do estado de calamidade pública provocado pelo coronavírus.

A Lei nº 14.035/2020 instituiu dispensa de licitação a todas as compras e serviços, inclusive obras, necessários ao enfrentamento da pandemia. Além disso, regulamentou a competência legal de governadores e prefeitos para impor normas de isolamento, quarentena e restrição de locomoção.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A dispensa de licitação é uma forma simplificada de aquisição de bens ou serviços pela Administração Pública, para atender a casos especiais, desde que previstos em lei e que não justifiquem a execução do procedimento licitatório com toda sua complexidade.

As hipóteses de contratação direta no ordenamento jurídico brasileiro, em regra, estão dispostas na Lei nº 14.133/2021 em seus artigos 72 e 73. A MP 926/2020, em seu artigo 4º-B, trouxe um elenco de situações em que se presumem atendidos os requisitos de contratações diretas, que foram: a) ocorrência de situação de emergência; b) necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; c) existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e d) limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Diante de tudo que foi exposto, nota-se que a construção de hospitais de campanha é uma hipótese de dispensa de licitação prevista no artigo 75, inciso VIII, da Lei nº 14.133/2021.

O que temos visto ultimamente é a construção de hospitais de campanha com valores superfaturados, justamente porque escaparam à necessidade de fazer licitação. Como é esse processo? A principal lei (não é a única) que regula esse procedimento é a Lei nº 14.133/2021, que traz um conjunto bastante complexo de regras e normas a serem obedecidas para essa contratação.

No entanto, a possibilidade de contratação direta, ou seja, dispensa de licitação são possíveis, principalmente para a compra de produtos no valor de até R\$ 16.700,00 (ou R\$ 33.000,00 para obras e serviços de engenharia). Mas também há outros casos, como a hipótese de guerra ou a restauração de obras de arte e objetos históricos.

Está dentro do poder discricionário do chefe do executivo decidir se vai construir um hospital de campanha ou se vai contratar leitos de hospitais privados já existentes, por exemplo. Mesmo que o hospital de campanha saia mais caro aos cofres públicos, ninguém pode obrigá-lo a escolher essa opção ao invés de alugar leitos. Porém, não se pode permitir que esses hospitais não sejam entregues, como aconteceu no Rio de Janeiro onde 7 hospitais foram contratados e apenas 2 foram entregues.

A lei é bastante complexa e cheia de detalhes, justamente para tentar impedir a contratação por um valor maior que o praticado no mercado (e o que sobra vai para o bolso de quem contratou), para impedir o favorecimento de determinadas pessoas na prestação dos serviços ou entregas dos bens, mas não é isso o que temos visto. Há, por exemplo, uma empresa de vinhos que foi contratada para entregar respiradores.

De acordo com o Ministério Público Federal houve um esquema de triangulação. Uma empresa fornecedora de equipamentos de saúde já tinha contratos com o governo amazonense e vendeu respiradores a uma loja de vinhos, em torno de R\$ 2.500.000,00 milhões de reais. A loja de vinhos revendeu os equipamentos por cerca de R\$ 3.000.000,00 milhões de reais para o governo do Estado, num processo sem licitação devido à emergência da COVID-19. Houve um desvio de no mínimo meio milhão de reais, fora isso, os produtos foram comprados por um valor 133% maior que o praticado no país durante a pandemia.

Haverá uma verificação das contas posteriormente, que é o que já está acontecendo, pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público que vai avaliar se os produtos foram entregues, se o serviço foi prestado. Acontece que o Poder Público presta uma variedade muito grande de serviços à população e, às vezes costuma estar sobrecarregado ignorando muitas das vezes seu poder fiscalizador.

CONCLUSÃO

Através da exposição feita no presente trabalho, vimos que os processos que englobam compras realizadas na Administração Pública são tidos de maneira minuciosa e complexa, sendo primordial que os envolvidos nestes procedimentos possuam compreensão aprofundada, de forma a não esquecer os princípios importantes e necessários para as ações administrativas.

Desta maneira, em relação ao objetivo proposto inicialmente, apresentou-se neste trabalho as alterações implantadas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021. Além das Medidas Provisórias 926/2020, 951/2020 e 961/2020.

Viu-se que mesmo estando dentro da legalidade, à hipótese de dispensa de licitação pode causar consequências. Isto nos mostra a importância do processo licitatório, pois ele promove uma maior observação dos princípios constitucionais, garantindo que a proposta escolhida seja àquela que conseguirá atender os interesses da realização do serviço, ao passo em que proporcione maiores e melhores vantagens para a administração.

Apesar de inúmeras dificuldades diante de um cenário catastrófico ainda há algumas ações desleais por parte de algumas autoridades, que aproveitam a ocasião de conveniência para se beneficiarem. Um combate à corrupção que seja eficaz tem que ser pautado principalmente em instrumentos de prevenção.

No entanto, admitindo-se a contratação de bens e serviços sem a exigibilidade de licitação é recomendável que se tenha uma inspeção mais rígida a fim de evitarmos um desastre maior.

Ainda assim, temos que ter em mente que a realização de novos estudos e análises é de suma importância para que se tenha a observação e análise das alterações que ocorrerão nos casos em que não haverá o processo licitatório, por consequência, o que evidencia que este tema ainda não foi totalmente esgotado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF, Senado Federal, 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999;

GONZALEZ, Giovani Aragão Fernandez. **A pandemia de contratações públicas sem licitações em tempos de Covid-19**. 11 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11789/A-pandemia-de-contratacoes-publicas-sem-licitacoes-em-tempos-de-Covid-19>> Acesso em: 20 mar. 2021.

BITTENCOURT, Sidney. **A contratação emergencial por dispensa de licitação em função da pandemia provocada pelo novo coronavírus**. 2020. Disponível em <<http://www.olicitante.com.br/emergencial-coronavirus>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

LIMA, Alberto de Barros. O que muda na nova lei de licitação. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5935, 1 out. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75497>. Acesso em: 20 mar. 2021.

ZUCCO, Fabiano. **O que Você Precisa Saber Agora Sobre a Nova Lei de Licitações**. Site: RCC Solução em Licitações, 2018. Disponível em: <https://www.rcc.com.br/blog/nova-lei-de-licitacoes/>. Acessado em: 20 mar. 2021.

VIEIRA, David Laerte. **O âmbito de aplicação da nova Lei de Licitações e Contratos**. Site: CONJUR, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-12/david-vieira-aplicacao-lei-licitacoes-contratos>. Acessado em: 13 abr. 2021.

SOBRE OS ORGANIZADORES E AUTORES

CLODOALDO MOREIRA DOS SANTOS JUNIOR

Graduação: Direito
Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento
Doutorado em Ciências da Religião
clodoaldo.junior@unigoias.com.br

MYCHELLE BORGES PEREIRA PINTO

Graduação: Psicologia
Pós-graduação: MBA em Gestão de Pessoas e Mestrado em Psicologia
mychelle.borges@unigoias.com.br

ANDREIA SOARES DA SILVA

Graduação: Direito
Pós-graduação: Direito Público: Constitucional e Administrativo
andreiaathai@gmail.com

GABRIELLY MISSIAS SANTANA

Graduação: Direito
Pós-graduação: Direito Público: Constitucional e Administrativo, Direito Civil e Processual Civil e Prática Trabalhista e Previdenciário
gabriellymissiassantana@gmail.com

KELLEN CRISTINA GONÇALVES DOS SANTOS MELO

Graduação: Pedagogia
Pós-graduação: Métodos e técnicas de ensino e Direito Público: Constitucional e Administrativo
kellen.melo16@gmail.com

LEILIANY ALCANTARA MAIA

Graduação: Direito
Pós-graduação: Direito Público: Constitucional e Administrativo
leilianyalcantara@gmail.com

MARCELO LINS DE MOURA

Graduação: Direito
Pós-graduação: Direito Público: Constitucional e Administrativo
mlins25@hotmail.com

MONNA PATTIELY PEREIRA

Graduação: Direito
Pós-graduação: Direito Público: Constitucional e Administrativo
melflayer@hotmail.com

RICARDO CARLOS DE LIMA

Graduação: Direito
Pós-graduação: Direito Público: Constitucional e Administrativo
ricardoocarlosdelima@gmail.com

TARSIS MATHESU SIRINO MORAES

Graduação: Direito
Pós-graduação: Docência do Ensino Superior: gestão e prática e Direito Público: Constitucional e Administrativo
tarsismatheus.tm@gmail.com

THAIS LOURENÇO SANTOS OLIVEIRA:

Graduação: Direito
Pós-graduação: Direito Público: Constitucional e Administrativo
thaislourencosantos@outlook.com