

/praça pública/

Reflexão, crítica e debate na luta pelo Direito em 2020

COM TEXTOS DE

Rubens Naves

Belisário dos Santos Jr

Guilherme Amorim Campos da Silva

Claudia Roberta de Souza Inoue

Fernando Neisser

Marcela Arruda

Mariana Chiesa Gouveia Nascimento

Roberto Nucci Riccetto

Wagner Roberto Ferreira Pozzer



RNSJ

MARÇO 2020

Reflexão, crítica e debate na luta pelo Direito em 2020

Voltamos a publicar a nossa revista Praça Pública neste início de 2020 com o objetivo de abrir um novo ponto de encontro e conversa com você, cliente ou colega, parceiro de causas individuais ou coletivas. Estamos todos precisando nos encontrar mais e com mais disposição para conversar com franqueza e respeito, não é? De nossa parte, acreditamos que podemos contribuir com a qualidade dessas conversas atualizando constantemente os nossos estudos, aprofundando e compartilhando nossas análises.

Hoje, em meio a crises agudas nas áreas da saúde e da economia, o recolhimento a que somos forçados deve permitir o aperfeiçoamento de reflexões sobre desafios estruturais que, passadas as quarentenas, teremos necessidade ainda mais premente de encarar e superar.

Neste primeiro número da nova Praça Pública, reunimos artigos produzidos por advogados do Rubens Naves Santos Jr Advogados em 2019 que ajudam a esclarecer as perspectivas para 2020 nas principais áreas de atuação do nosso escritório. As transformações em curso nos campos abordados nos dez artigos que compõem esta edição – Sociedade Civil Organizada, dos Contratos e parcerias com o Estado, Direitos Humanos, Direito Constitucional, Tributário, Penal, Eleitoral e Digital – têm lugar na Praça Pública pois impactam direta ou indiretamente a cidadania e cada um de nós.

Nas próximas edições deveremos abrir a roda de conversa para incluir a participação de especialistas, comentaristas que não fazem parte do nosso escritório de modo a ampliar e enriquecer o debate, sempre com foco nos desafios atuais da luta pela defesa e o avanço da democracia e do estado de direito. Desafios que trabalhamos diariamente para superar em cada causa que promovemos, seja uma demanda individual, institucional ou social.

Esperamos que o conteúdo aqui reunido ajude a esclarecer os seus caminhos e auxilie na tomada de posição e decisão rumo à realização dos objetivos que você almeja em 2020.

Boa leitura.

Rubens Naves

4 2019: O ano do impasse e das incertezas

RUBENS NAVES
GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA

9 A Declaração Universal de Direitos Humanos hoje

BELISÁRIO DOS SANTOS JR

19 Brasil parece viver num constante curso de Direito Eleitoral

FERNANDO NEISSER

23 Como construir uma governança pública digital democrática

ROBERTO NUCCI RICCETTO

28 Construção e desconstrução dos Direitos Humanos no Brasil

RUBENS NAVES
GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA

41 Lei do processo administrativo paulista completa 21 anos

MARCELA ARRUDA

46 Novo alvo da desconfiança: a sociedade civil

MARIANA CHIESA GOUVEIA NASCIMENTO

52 O caleidoscópio constitucional

GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA

58 O pacote penal que deverá ser desembrulhado em 2020

WAGNER ROBERTO FERREIRA POZZER

61 O que muda no campo tributário em 2020

CLAUDIA ROBERTA DE SOUZA INOUE

2019: O ano do impasse e das incertezas

RUBENS NAVES

GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA

[/ Originalmente publicado no \[estadao.com.br\]\(http://estadao.com.br/\) /](#)

Formular uma retrospectiva sobre os principais acontecimentos no campo do direito público em 2019 deixa de ser tarefa trivial, tamanha a quantidade e complexidade de temas que enfrenta a sociedade brasileira. Abordamos a tarefa considerando três eixos fundamentais na relação do indivíduo com o Estado.

O primeiro eixo identifica os avanços e retrocessos no campo dos direitos e garantias individuais e coletivos. Com uma agenda conservadora, o Poder Executivo força os demais poderes a debaterem temas como a extinção dos Conselhos de representação popular, identificados com uma pauta progressista. Apesar de sua previsão constitucional, sofrem interferência do Poder Executivo e

obrigam manifestação do Supremo Tribunal Federal com vistas ao restabelecimento de seu funcionamento. Enquanto isto, projetos de lei tramitam no Congresso Nacional com o intuito de restringir a participação popular em Conselhos que constituem importante instrumento de participação na formulação e fiscalização na execução de políticas públicas de interesse de toda a sociedade em diversos segmentos, desde saúde pública até currículo escolar.

Ao lado destas iniciativas, há importantes debates que acendem luzes sobre pontos críticos de restrição de direitos: interferências em autonomias universitárias, alterações legislativas que constituem retrocessos em conquistas da cidadania e, até

Estão em debate pontos críticos de restrição de direitos: interferências em autonomia universitária, retrocessos em conquistas da cidadania e a volta ou a normalização de situações odiosas de discriminação

mesmo, a volta ou a normalização de situações odiosas de discriminações sexistas ou em função de posição econômica ou social, ou, ainda, em temas como escola sem partido, questões de gênero, saúde da mulher, terapias alternativas etc.

Reforma do Estado e parcerias com o Poder Público

O segundo eixo diz respeito à governança estatal e à busca do equilíbrio fiscal. Desde o governo Michel Temer está em curso a tentativa de aprovação de uma reforma da Previdência, com impacto no orçamento geral da União, Estados e municípios, com reflexos em pontos importantes de matéria tributária que ainda estão por merecer aprofundamento nas discussões entre Executivo e Legislativo na perspectiva republicana, com temas como imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, CF), por exemplo.

Esta discussão, longe de ser ideológica, remete ao pacto republicano

contido em nossa Carta de 1988, em que exortações por uma nova constituinte só tumultuam. O projeto de lei de plano plurianual apresentado pelo governo para o período de 2020 a 2023, exigência constitucional de planejamento, está sendo criticado por parlamentares que integram a Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional, conforme noticiou o Estadão em 21 de outubro (Economia, B3), por justamente deixar de traçar prioridades para o período e estabelecer metas e prazos. Segundo a Comissão, a proposta tem inconsistências, omite prazos e, em alguns casos, fixa metas que não indicam se o objetivo do programa será atingido ou não. É importante ressaltar que a Constituição Federal estabelece que o dever de planejar a atividade estatal é obrigatória para o Estado brasileiro, tendo em vista a transparência dos atos e o seu controle por todos os cidadãos.

O terceiro eixo, igualmente importante, identifica um conjunto relevante de normas relativas ao denominado ambiente econômico de investimento e relacionamento com o Poder Público. Englobam-se aqui as leis de parceria público privadas, lei de licitações, lei de introdução às normas do direito brasileiro, o marco regulatório das organizações da sociedade civil, o marco legal do sa-

neamento, a lei da improbidade administrativa, lei de abuso de autoridades, dentre outras.

Hoje, as relações com o Poder Público são permeadas por um clima de insegurança jurídica, o que é um complicador importante no momento de se estabelecer compromissos, tanto em nome dele ou com ele.

Hoje, as relações com o Poder Público são permeadas por um clima de insegurança jurídica, o que é um complicador importante no momento de se estabelecer compromissos

A cultura da desconfiança avança

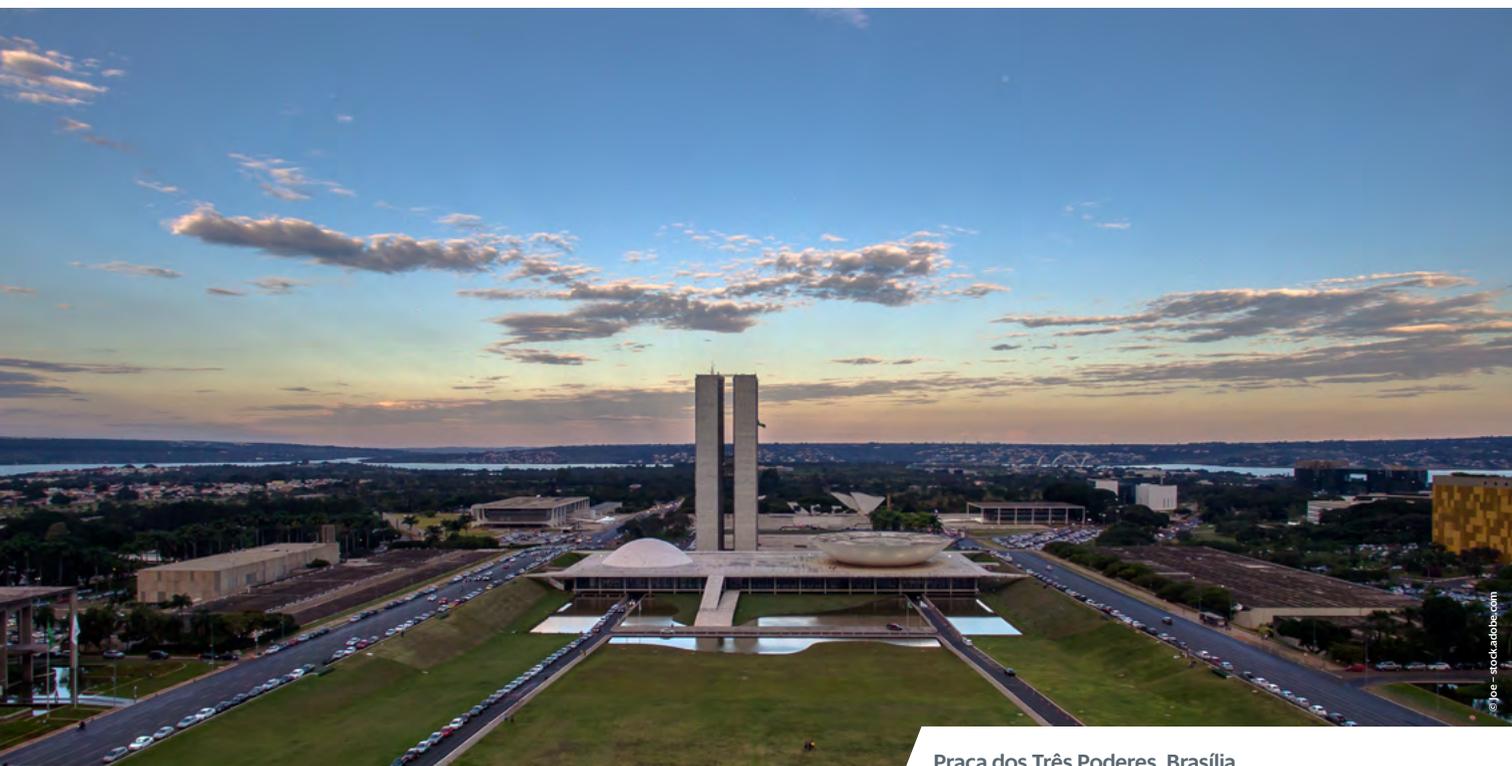
Em primeiro lugar, há um clima de desconfiança em todas as relações: logo, todo mundo é desonesto, corrupto. Se o sujeito ocupa um cargo público, é porque é desonesto. Se a empresa quer contratar com o Poder Público, é porque quer levar uma vantagem ilegal. O que fizemos? Inúmeras iniciativas de lei que tramitam no Congresso Nacional tendem a piorar este cenário e introduzir uma cultura de desconfiança. Se erros acontecem e acontecerem, as responsabilizações devem vir a poste-

rior, e não antes, como parece ser a tendência hoje.

Isto dito, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, recentemente em vigor no nosso ordenamento, traz um conjunto normativo importante para analisarmos as atuais propostas de mudança em curso no Congresso neste cenário que denominamos de ambiente econômico: a boa-fé na contratação com o Poder Público constitui premissa que deve estar presente em toda a produção legislativa.

A Lei das Parcerias Público Privadas, de 2004, tem atraído investimentos modestos em concessões sempre investigadas e, neste instante, há propostas tramitando no Congresso alterando as formas de remuneração no setor de infraestrutura, o que causa insegurança tanto jurídica como econômica no ambiente de negócios.

Outrossim, a lei de licitações, em vigor desde 1993, e que vem sofrendo emendas e remendos, notadamente com o malfadado regime diferenciado de contratações, um fast track que o Congresso aprovou anos atrás para agilizar algumas contratações em tempo de permitir as grandes obras da Copa do Mundo de 2014 e da Olimpíada do Rio, de 2016, está há anos com projetos e anteprojetos em tramitação no Congresso Nacional.



Praça dos Três Poderes, Brasília

Atualmente, um projeto está para ser votado na Câmara dos Deputados e consolida alguns avanços como a inversão de fases, a negociação direta de preços; mas, ainda, peca por privilegiar em algumas contratações o menor preço ao invés da inteligência ou da melhor técnica.

Há um aspecto no debate do combate à corrupção que significa avanços: a aprovação da Lei 13.869/19, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, aprovada no calor dos excessos cometidos tanto por agentes do Ministério Público, como do Poder Judiciário e mesmo das forças policiais, responsabilizando os agentes que cometem arbitrariedades.

Cite-se, ainda, o projeto de lei denominado anticrime (PL 881/2019), que vem sofrendo fortes rejeições por conter pontos polêmicos como a ampliação da possibilidade de policiais alegarem legítima defesa em situações de confronto e que, até a data deste artigo, já havia sofrido mais de vinte cortes.

Novo plano para o desafio do saneamento

Finalmente, como um último retrospecto e importante advertência há a questão do saneamento que constitui, ao mesmo tempo, excelente oportunidade de avançarmos em muitos dos aspectos acima mencionados.

Inúmeras iniciativas de lei que tramitam no Congresso Nacional tendem a piorar o atual cenário de uma cultura de desconfiança

A discussão que tramita no Congresso Nacional em torno do projeto de lei do Marco Legal do Saneamento Básico tem atraído atenção de todos os atores do setor: iniciativa privada, estatais, os titulares municipais, consórcios públicos que exploram o serviço em prol de um interesse regional, Estados e a União.

Há pontos positivos e críticos na discussão do Marco Legal do Saneamento e todos eles reportam ao pacto republicano. O Supremo Tribunal já adiantou em julgamento ainda em curso na ADI 1842, critérios que podem auxiliar na versão final deste projeto de lei em curso: a definição do interesse comum metropolitano obriga

a um planejamento de médio e longo prazo para fins de estabilidade de planejamento devendo ser assegurada a participação ativa dos municípios em seu planejamento e execução.

Falta criatividade na identificação de recursos que possam subsidiar os investimentos, quer sejam públicos ou privados.

A Constituição impõe um consenso na definição das atribuições de cada ente federativo no planejamento e execução das políticas de saneamento. Essa é uma premissa inafastável.

O ano de 2019 termina com uma pauta repleta de desafios no âmbito do relacionamento dos poderes constituídos da República, convocando a cidadania para o exercício democrático da participação crítica e construtiva. /

A Declaração Universal de Direitos Humanos hoje

BELISÁRIO DOS SANTOS JR

/ Originalmente publicado em Revista do Advogado (AASP) /

O Advogado é o grande defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, segundo regra deontológica fundamental, expressa entre nós no Código de Ética e Disciplina. Nessa função, o advogado deve se insurgir contra qualquer forma de atentado à dignidade da pessoa humana¹.

Essa indignação contra a injustiça é vista mesmo como uma das características fundamentais da Advocacia e do Advogado.

O Advogado é (e de certa forma todos os operadores do direito devem ser)

paladino dos direitos humanos e do Estado de Direito, pelos quais deve velar como parte de sua missão ética, no âmbito da comunidade em que atua, ainda que essa tarefa seja frequentemente desafiada pelos detentores do poder em todas as partes do mundo.

A Comissão Internacional de Juristas, em seu recente Congresso de Túnis, em março de 2019, afirmou que:

The independence, impartiality and accountability of the judiciary, as well as the independence of lawyers and prosecutors, are fundamental to the Rule of Law and legal protection of human rights, yet all are

1. SANTOS JR. Belisário – “A função social do Advogado” (in A expectativa do Tribunal Internacional para Justiça Restaurativa em El Salvador) – Anais da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira- vol. 2, p. 331;

facing heightened challenge from governments and other powerful actors in many countries across all regions of the world.

Caio Mário da Silva Pereira, em clássica lição, lembra que: “...quando o eclipse obscurece as liberdades fundamentais, ele, e não outro, é habilitado a manipular o instrumental regulador”².

No campo internacional, está assente que “os advogados, ao proteger o direito de seus clientes e defender a causa da justiça, apoiarão os direitos humanos e as liberdades fundamentais reconhecidos pelo direito nacional e internacional”³

Na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1993), proclamou-se a indivisibilidade dos direitos humanos e seu caráter universal, sobre o qual não poderia haver mais dúvidas (Declaração de Viena, n. 5).

De outra parte, é a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos que afirma, de um lado, o direito de toda pessoa a uma ordem social e internacional justa em que os direitos e liberdades ali estabelecidos possam

ser plenamente realizados e, de outro, os deveres de todos para com a comunidade que torna possível o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade (artigos XXVIII e XXIX).

Em resumo, considerando a consequência maior do caráter universal dos direitos humanos – a violação grave e massiva de direitos em uma parte do mundo afeta toda a comunidade global – e os princípios norteadores da especialíssima profissão que é a Advocacia, tem-se que, à medida de suas forças e buscando o exercício de sua ética e de suas competências, os Advogados devem efetivar a busca da paz social e da justiça dentro e fora dos limites nacionais em que vivem. E a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Pactos que a completam são o seu guia nessa nobre missão.

Significado atual da Declaração Universal de Direitos Humanos

A Assembleia Geral da ONU em 1948 erigiu a Declaração Universal “ (n) o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações”, com o objetivo de que cada indivíduo e

2. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Problemas atuais da advocacia. In: Revista Forense 255/471;

3. Princípios básicos sobre a função dos Advogados aprovados no 8º Congresso de Prevenção do Delito e tratamento do delinquente, Havana, 1990 – ver Guia para Profissionais n. 1, sítio da Comissão Internacional de Juristas;



Eleanor Roosevelt, 1949

© Everett Collection / Courtesy Everett Collection - stock.adobe.com

cada órgão da sociedade, com os olhos na Declaração, se esforcem, por meio do ensino e da educação, para respeitar e promover os direitos e liberdade ali afirmados, e se comprometa a adotar progressivamente medidas de caráter nacional e internacional, para assegurar seu reconhecimento e sua observância.

Assim, em primeiro lugar, a Declaração é uma recomendação⁴. Uma recomendação de caráter especial por criar obrigações de caráter moral e político, não jurídico, para os Estados-membros⁵. No entanto, para os seus patronos, entre eles Eleanor

Roosevelt, a Declaração Universal, somada à Carta das Nações Unidas, tinha a potencialidade de se tornar a Magna Carta Internacional para toda a humanidade em todas as partes do mundo.

Os esforços para a forja da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal resultaram em um consenso internacional, ainda que de caráter momentâneo, de extraordinária importância. A junção em um mesmo documento de valores éticos reconhecidos tanto no oriente quanto no ocidente, de direitos e liberdades civis e políticos, quanto de direitos

4. SANTOS JR., Belisário "Atualidade e Importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos – Direitos Humanos na Pós-modernidade" – in DECLARAÇÃO UNIVERSAL – 70 ANOS – 1948-2018 – Imprensa Oficial, 2018– p. 98-111;

5. MUYLAERT ANTUNES Eduardo, Natureza Jurídica da Declaração Universal dos Direitos HUMANOS, in Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 61, n. 446, p. 27-35, dez. de 1972;

econômicos, sociais e culturais, e ainda de deveres para com a comunidade e da necessidade de cooperação para com todos os Estados, fazem da Declaração Universal um documento único.

De certa forma, a Declaração também funciona como obstáculo ético à prática de condutas contrárias ao que ali se predica. Nenhum Estado pode, legitimamente, estatuir normas que violem o núcleo essencial de direitos nela estabelecidos⁶.

A Declaração foi adotada como linguagem de resistência de grupos opositores a regimes de arbítrio

Lindgren Alves⁷ faz importantes considerações sobre a efetividade da Declaração como recomendação e sobre a impossibilidade de relativização do que ali se dispôs com base em considerações de ordem religiosa ou cultural:

“As afirmações de que a Declaração Universal é documento de interes-

se apenas ocidental, irrelevante e inaplicável em sociedades com valores histórico-culturais distintos, são, porém, falsas e perniciosas. Falsas porque todas as Constituições nacionais redigidas após a adoção da Declaração pela Assembleia Geral da ONU nela se inspiram ao tratar do dos direitos e liberdades fundamentais, pondo em evidência, assim, o caráter hoje universal de seus valores. Perniciosas porque abrem possibilidades à invocação do relativismo cultural como justificativa para violações concretas de direitos já internacionalmente reconhecidos”.

O que realmente importa hoje, 70 anos após aquela histórica noite de 10 de dezembro, no Palais de Chaillot, Paris, considerações jurídicas à parte, é que a Declaração Universal funcionou efetivamente como “pedra angular de todo o moderno movimento de direitos humanos”⁸.

A afirmação da Declaração como ideal ético e sua tessitura mesclando direitos e liberdades civis e políticos com direitos econômicos, sociais e culturais, antecipa a noção de interdependência entre os direitos e liber-

6. Declaração Universal, artigo XXX;

7. LINDGREN ALVES, J.A., “Os direitos humanos como tema global”, Brasília, Perspectiva, 1994, p.8;

8. SEARS, JOHN F., ob. cit., p. 11;

dades declarados. Cada um desses direitos e cada categoria deles exige para sua existência real o reconhecimento e a vigência dos demais.

La libertad solo existe cuando puede ser ejercida por un hombre liberado del temor, de la miseria, de la hambre, de la inseguridad y de la incultura. Pero, a la inversa, los derechos económicos, sociales y culturales, unicamente poseen un sentido integral que respeta plenamente la dignidade humana, si pueden ser ejercidos por un hombre libre, sobre el que no se ejerza la arbitrariedad, el despotismo y la discriminación⁹.

A intuição do caráter progressivo dos DDHH como em constante evolução está afirmada ao final do preâmbulo, quando se enuncia a necessidade de adoção de medidas em permanente avanço para o reconhecimento e observância desses direitos.

A busca da universalização dos direitos humanos se enuncia dos *consideranda* do Documento e da sua própria natureza e do consenso internacional em torno dela estabelecido. Depois, notadamente ao longo dos anos, foi sendo legitimada pela

recepção do texto da Declaração por inúmeras constituições nacionais, adoção de pactos e recomendações de caráter global.

A universalização veio firmemente reafirmada no ponto 5 da Declaração e Programa de ação da Conferência de Viena de 1993 sobre os Direitos Humanos:

5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

A Declaração foi também adotada como linguagem de resistência de grupos opositores a regimes de arbítrio.

9. GROSS ESPIELL, HECTOR, *Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Dertecho Internacional de los Refugiados*, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge*, Genève, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 702;

Confira-se que no terceiro considerando do Preâmbulo está encartado o assim chamado “direito de rebelião”, significativa premonição para os tempos futuros em que a implementação dos DDHH exigiria a organização da sociedade, a resistência estruturada do povo ante governos arbitrários e, até, em casos determinados, a via armada:

“Considerando essencial que os direitos da pessoa sejam protegidos pelo império da lei, para que a pessoa não seja compelida, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”.

Interessante anotar que, logo no artigo 1º, ao afirmar categoricamente a liberdade, a igualdade e a fraternidade como imanentes à comunidade humana e a cada um de seus integrantes, a Declaração revela sua inspiração no *Bill of Rights* de 1776 de Virgínia e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A historicidade dos direitos humanos reflete-se também na estrutura da Declaração:

“... (D)eve-se observar que as reflexões da filosofia contemporânea sobre a essência histórica da pessoa huma-

na, conjugadas à comprovação do fundamento científico da evolução biológica, deram sólido fundamento à tese do caráter histórico (mas não meramente convencional) dos direitos humanos, tornando, portanto, sem sentido a tradicional querela entre partidários de um direito natural estático e imutável e os defensores do positivismo jurídico, para os quais fora do Estado não há direito.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada unanimemente pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, condensou toda a riqueza dessa longa elaboração teórica, ao proclamar, em seu artigo VI, que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa¹⁰”

De outro lado, o caráter internacional dos direitos humanos leva a outra consequência importante, que Lindgren Alves chama de “legitimidade da preocupação internacional”.

“Erigida gradualmente a partir da proclamação da Declaração Universal de 1948, e reconhecida consensualmente por toda a comunidade internacional no artigo 4º da Declaração de Viena, a legitimidade da preocupação internacional com os direitos

10. KONDER COMPARATO, Fábio, *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 22;

humanos parece ser hoje ponto pacífico. Os países mais monitorados, inclusive aqueles objeto de supervisão por relator especial ostensivo da CDH, têm, sim, com frequência, questionado e, até, repudiado, a forma em que se dá o acompanhamento. Mas nenhum deles tem atualmente levantado objeções à legitimidade das atenções internacionais¹¹.

Essa legitimidade levou a construções jurídicas notáveis como a da “jurisdição universal” e a de “crime de lesa humanidade” em matéria penal. A Corte Permanente de Justiça Internacional assinalou já em 1927 que se o princípio da territorialidade do Direito Penal serve de fundamento em todas as legislações, não é menos certo que quase todas elas estendem sua ação a atos cometidos fora de seu território¹². A territorialidade não é, assim, um princípio absoluto de Direito Penal Internacional.

A jurisdição universal, em determi-

nados casos de crimes internacionais ou de graves violações de direitos humanos, ainda que praticadas no território de um único país, implica na possibilidade da comunidade internacional acionar seus mecanismos de investigação e punição, desde que o país onde a violação ocorreu não o tenha feito a contento.

Ainda que os tribunais internacionais entendam que a jurisdição internacional é uma norma devidamente cristalizada no costume internacional, não precisando ser prevista em um tratado internacional, é certo que inúmeros tratados de direitos humanos e de direito internacional humanitário a preveem¹³.

E, tratando dos crimes de lesa humanidade, confira-se esta passagem de um julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, prevenindo as consequências de o Brasil não punir os autores da morte, no caso Vladimir Herzog¹⁴:

11. LINDGREN ALVES, J.A., *ob cit.* P. 136;

12. Corte Permanente de Justiça Internacional, sentença de 7 de setembro de 1927, Caso S.S. Lotus (França vs Turquia), Series A, N. 10 (1927), p. 20.

13. Essa obrigação está presente na Convenção Internacional contra a Tortura, e outros Tratamentos ou Penas, Cruéis, Desumanos ou Degradantes (art. 7), Convenção Internacional para Proteção de todas as pessoas contra as desaparecimentos forçados (art. 9 e 11), Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura (art. 12), Convenção Interamericana sobre a Desaparição Forçada de Pessoas (art. IV), Princípios Relativos a uma Eficaz prevenção e investigação das execuções extrajudiciais (Princípio 18), Convenção para Prevenção e Sanção do delito de Genocídio, entre outras normas internacionais.

14. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), Caso Herzog e outros vs. Brasil, sentença de 15 de março de 2018;

A Declaração Universal é, antes de tudo, um guia de conviver bem em sociedade, respeitando a dignidade do outro, com atenção a direitos e deveres

242. A Corte conclui que os fatos registrados contra Vladimir Herzog devem ser considerados crime contra a humanidade, conforme a definição do Direito Internacional desde, pelo menos, 1945 (par. 211 a 228 supra). Também de acordo com o afirmado na sentença do Caso Almonacid Arellano, no momento dos fatos relevantes para o caso (25 de outubro de 1975), a proibição de crimes de direito internacional e crimes contra a humanidade já havia alcançado o status de norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), o que impunha ao Estado do Brasil e, com efeito, a toda a comunidade internacional a obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis por essas condutas, uma vez que constituem uma ameaça à paz e à segurança da comunidade internacional (par. 212 supra).

O fato é que, a partir da Declaração, pedra angular do moderno movi-

mento dos DDHH, como acima referido, erigiu-se, tijolo a tijolo, um desenho lógico e encadeado de avanços, passando pelos Pactos Internacionais¹⁵, com força obrigatória para as partes e com sistemas bastante bem arquitetados de implementação e monitoramento dos DDHH.

Uma Declaração de Direitos e Deveres

É interessante aproximar-se da Declaração Universal, pela leitura e compreensão da Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos, meses mais antiga, nascida no âmbito da Nona Conferência Internacional Americana, que se reuniu em Bogotá (Colômbia), em 1948, com a participação de 21 Estados, e, ao mesmo tempo, adotou a Carta da Organização dos Estados Americanos, o Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas (“Pacto de Bogotá”).¹⁶

O artigo 28¹⁷ da Declaração Americana a traz a dimensão do respeito ao outro e da necessidade da convivência para produzir o desenvolvimento da democracia, noção que se ex-

15. Os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foram assinados em 1966, mas só entraram em vigência 10 anos mais tarde;

16. SANTOS JR., Belisário in “Declaração Universal – 70 anos de direitos e deveres”, pub. na Folha de S.Paulo;

17. “Os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático”.



© sabelskaya - stock.adobe.com

pande para o capítulo dos deveres da Declaração Americana, trazendo em primeiro lugar o dever da convivência com suas consequências¹⁸:

Assim, tendo a Declaração Americana como um guia pedagógico, é possível ler a Declaração Universal como mais que um simples rol de direitos.

A Declaração Universal é, antes de tudo, um guia de conviver bem em sociedade, respeitando a dignidade do outro, com atenção a direitos e deveres. Curiosamente, o primeiro e os dois últimos dos 30 artigos dessa Declaração de direitos falam explicitamente em deveres humanos. O artigo 1º diz que todos os homens nascem livres, iguais em dignidade e direito. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação aos outros com espírito de fraternidade.

A dignidade é um valor e ele se impregna em todos nós. Não se pode atentar contra esse valor. Em caso de ofensa há garantias de que ou o Poder Judiciário, ou a comunidade, ou os demais Poderes, cada um no exercício de suas funções correspondentes, colaborarão para a supressão dessa violência. E quando se fala em dignidade surge o dever correspondente de identificar e respeitar esse valor no próximo. Isto é fraternidade.

A responsabilidade de todo ser humano para com a comunidade volta a surgir no artigo 29 da Declaração Universal. Estes são os deveres vinculados à vida social. A comunidade precisa que seus integrantes se eduquem, trabalhem para sua prosperidade, se apropriem dos valores culturais de cada povo. A participação política, partidária ou não, é uma necessidade. O dever

18. "O indivíduo tem o dever de conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade".

de votar. O dever de cada cidadão de se integrar ao desenvolvimento da sociedade, rumo ao seu próprio bem-estar, mas também colaborando com a busca da felicidade por outras pessoas. O dever da solidariedade. O dever de resistir ao autoritarismo é tão fundamental que ocupou um dos *consideranda* do preâmbulo:

Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem por meio de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão...

O artigo 30¹⁹ diz que ninguém pode agir contra essa expectativa de dignidade, nem por meio de lei. É, em realidade, uma norma de interpretação da Declaração Universal.

Há assim um dever de omissão, de abstenção da prática de atos que firam os direitos e as liberdades, inse-

rido na responsabilidade de todos os Estados, grupos ou pessoas.

E, por fim, existe o dever inderrogável de defender as ideias expressadas na Declaração Universal, por representarem um ideal de civilização a ser buscado sempre e progressivamente.

Nestes tempos incertos, dê-se simbolicamente a última palavra a um Professor de Filosofia²⁰:

“El Derecho puede deshumanizarse si se lo toma simplemente como algo dado. En cambio, plenifica la vida humana cuando es vivido por los hombres fraternalmente. Un pueblo es realmente civilizado cuando vive fraternalmente un régimen de Derecho. La humanidad será una realidad cuando la fraternidad entre los hombres y los pueblos sea el deber cumplido: libres e iguales en paz.” /

19. “Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”;

20. LÁSCARIS, Constantino, *El Comportamiento Fraternal en la Declaración*, in *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Ed. Juriscentro – Asociación Costarricense Pro-Naciones Unidas, 1979, p. 207.

Brasil parece viver num constante curso de Direito Eleitoral

FERNANDO NEISSER

/ Originalmente publicado em O Estado de S. Paulo /

Nos últimos dez anos o Direito Eleitoral passou, de ilustre desconhecido, a íntimo companheiro dos brasileiros que acompanham o noticiário político. Se até então via-se esse ramo jurídico como mero conjunto de regras técnicas para realização das eleições, ao menos desde o advento da Lei da Ficha Limpa, em 2010, passamos a aprender diariamente seus conceitos e discuti-los, no táxi e na padaria, com autoridade insuspeita.

O fenômeno não é muito diferente do que se viu com o Direito Penal desde o mensalão e, posteriormente, com a Lava Jato. É como se, coletivamente, estivéssemos em um curso seriado no qual, a cada episódio de repercussão nacional, aprendemos um novo capítulo da disciplina.

Em anos recentes tivemos as aulas de financiamento de campanhas e caixa 2, começando no mensalão tucano e, em nível avançado, com a própria Lava Jato; abuso de poder econômico e político, na tentativa de cassação da chapa Dilma/Temer; registro e inelegibilidades, com a candidatura do ex-presidente Lula; e iniciamos o aprendizado sobre propaganda eleitoral na internet e *fake news*, com as milhões de mensagens enviadas por WhatsApp por apoiadores do atual presidente.

Estivéssemos em uma pós *lato sensu*, teríamos há tempos cumprido os créditos. Mas o Brasil nos oferece um verdadeiro pós-doutorado e, deste modo, seguimos 2019 com novos temas.

Baixa representação feminina: déficit democrático e fraude

O ano começou intenso, com a discussão das fraudes nas cotas femininas, o que se convencionou na imprensa chamar de “candidaturas laranja”. A lei, buscando corrigir histórica e lamentável distorção da nossa representação política, tenta fazer com que mais de 50% da população não seja representada por meros 10% do parlamento. Estamos na zona de rebaixamento nos rankings internacionais de participação de mulheres na política, assunto que ganhou merecido relevo nos últimos anos.

Estamos na zona de rebaixamento nos rankings internacionais de participação de mulheres na política, assunto que ganhou merecido relevo nos últimos anos

Infelizmente, na prática, viu-se que muitos dirigentes partidários, infensos à mudança no *statu quo*, buscaram fraudar o sistema na parte que lhes interessava: o financiamento. Obrigados por lei a direcionar recursos para candidaturas de mulheres, organizaram esquemas para desviar os valores, beneficiando candidaturas de homens. Em muitos casos, as

mulheres nem mesmo sabiam que haviam sido registradas como candidatas.

Os casos que vieram à tona, muitos deles concentrados no PSL, partido que elegeu Jair Bolsonaro, ainda correm na Justiça Eleitoral e aguardam desfecho. Politicamente, contudo, seus efeitos puderam ser sentidos ainda no primeiro semestre, quando o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.831, em maio, anistiando partidos e dirigentes que não tinham gasto uma verba específica destinada ao incentivo da participação das mulheres na política.

É triste ver a reação da maioria do parlamento – masculina e machista – ao tímido avanço obtido nas últimas eleições, quando as mulheres passaram a representar 15% da Câmara dos Deputados. As cotas funcionam, especialmente quando atreladas à obrigatoriedade de gastos, para que as candidaturas femininas sejam competitivas e não mera fachada.

Fake news, denúncia caluniosa... tipos penais não faltam

Pouco tempo depois, em junho, retomamos com a disciplina “Fake news na Propaganda Eleitoral II”, promulgando a Lei nº 13.834. Aprendemos ali, em exemplo de manual, que quando o Congresso Nacional não tem a míni-

ma ideia de como resolver um problema, cria um novo crime. E assim nasceu a denúncia caluniosa eleitoral, destinada a apenar aquele que, na propaganda, divulga falsamente que seu adversário cometeu um crime.

Não deixa de ser irônico que fomos, por décadas, o único país democrático a ter um crime para a realização de propaganda eleitoral falsa, vigente desde os anos 40 do século passado. Não por isso nossa política passou a ser mais sincera. Na falta de um crime, agora temos dois a serem conjuntamente inúteis.

Quando o Congresso Nacional não tem a mínima ideia de como resolver um problema, cria um novo crime – e assim nasceu a denúncia caluniosa eleitoral

Passadas as férias de julho, nosso parlamento resolveu entrar em tema considerado sempre árido pelos alunos: o Direito Partidário. Ao contrário de anos ímpares passados, neste 2019 vimos uma minirreforma partidária, vez que as mudanças pouco ou nada se direcionaram às eleições.

A Lei nº 13.877, de setembro, expôs com clareza a estratégia de cabo de guerra que tem marcado a relação entre Poder Legislativo e Poder Judiciário no tema eleitoral nos últimos anos. A cada puxada que o TSE dá, sobrevém um tranco vindo do parlamento.

Especialmente depois do acréscimo de recursos de origem pública nos partidos, decorrente da proibição das doações empresariais, a Justiça Eleitoral passou a ingressar – muitas vezes sem fundamento legal – no mérito das despesas dos partidos políticos. Descontentes com o que enxergam – com razão em algumas situações – como ingerência na autonomia partidária, deputados e senadores tentaram blindar os dirigentes partidários.

O deslinde desse cabo de guerra parece fácil de prever. Quando um dos lados é, simultaneamente, juiz do jogo, é de se imaginar quem ganhará. Dispositivos da minirreforma deste ano devem ser considerados mais adiante inconstitucionais, na medida em que podem violar o princípio constitucional de que aquele que recebe dinheiro público deve prestar contas, mantendo o clima de insegurança jurídica que torna difícil a gestão partidária.

Candidaturas avulsas e fidelidade partidária

O STF não poderia ficar de fora do programa do curso. Mesmo no final do ano, encontrou-se um espaço para reavivar o debate das candidaturas avulsas. Sob a relatoria do ministro Roberto Barroso, haverá em dezembro audiência pública no Recurso Extraordinário nº 1238853. É bem verdade que muitas são as democracias que admitem candidaturas fora dos partidos políticos. Tampouco se ignora o descrédito que os partidos granjearam, muitas vezes com justeza, na sociedade.

Nosso cenário constitucional, contudo, dificilmente aceitaria essa solução. Mais do que isso, uma mudança radical como esta precisaria partir do Poder Legislativo, uma vez que toda nossa legislação organiza as campanhas a partir dos partidos. Impossível imaginar como seria possível direcionar recursos dos fundos públicos ou tempo de televisão e rádio para candidaturas avulsas sem alterações na lei.

A última matéria do ano, cujas aulas entrarão em 2020, é sobre infidelidade partidária e criação de novos partidos. A introdução se deu com os re-

beldes do PDT e PSB, que votaram favoravelmente à reforma da Previdência, desobedecendo as diretrizes de seus partidos. Parte deles ajuizou ações na Justiça Eleitoral, pedindo que seja reconhecida a justa causa para que mudem de partido sem perda de mandato.

O clímax do tema, contudo, veio com a guerra intestina do PSL e o posterior anúncio da saída de Bolsonaro e seus apoiadores para a criação de um novo partido. As regras atualmente vigentes proíbem a migração de parlamentares para novos partidos sem a perda de mandatos, bem como impede que levem consigo as verbas proporcionais dos fundos públicos e o tempo de televisão e rádio. Do mesmo modo, a criação de novo partido exige assinaturas em papel por parte dos quase meio milhão de apoiadores que a lei estatui.

Em 2020 todos esses temas passarão por questionamento até março, data limite para que um partido possa disputar as eleições municipais. Aguardemos se o Poder Judiciário reafirmará as regras vigentes ou se sinalizará para uma nova onda de multiplicação partidária. /

Como construir uma governança pública digital democrática

ROBERTO NUCCI RICCETTO

/ Originalmente publicado no site Olhar Digital /

A universalização do acesso à internet é uma realidade presente em diversos países que também se estende ao Brasil.

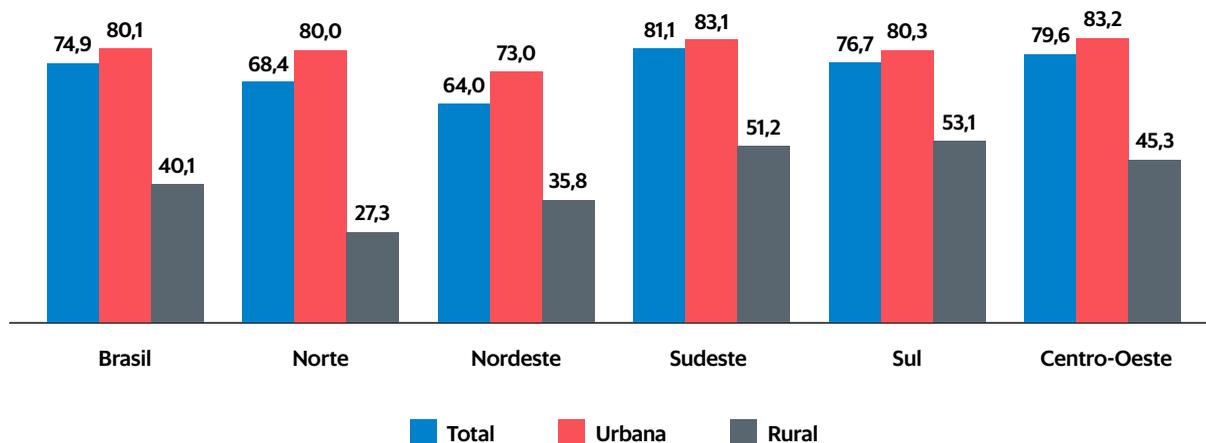
A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua TIC (Tecnologias da Informação e Comunicação), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, constatou no ano de 2017¹ que 74,9% dos domicílios brasileiros navegam na internet, ou seja, 3 em cada 4 domicílios a utilizam.

A potencialidade da internet em impactar a sociedade é imensurável. Como é hoje de amplo conhecimen-

to público, esse potencial tanto pode propiciar importantes avanços democráticos quanto graves danos à democracia. É o que demonstram inúmeros casos, em diversos países, incluindo o Brasil, de promoção de acesso à informação, transparência, fomento à participação e efetivação de direitos, mas também de difusão de fake news, propagação de discursos de ódio e manipulação de processos democráticos como eleições e plebiscitos. Essas realidades evidenciam a vital importância de políticas públicas e regulamentação adequadas, no sentido de permitir, favorecer e incentivar a utilização da internet para o fortalecimento da cidadania e da democracia.

1. PNAD Contínua TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país. Agência IBGE, 2018.

Domicílios em que havia utilização da Internet (%)



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017.

Assim, na perspectiva de alargamento dos princípios, direitos e garantias fundamentais expostos na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, a internet se revela como um serviço essencial, já que se tornou instrumento não só de disseminação de informação, mas também de fiscalização e contribuição social nas decisões políticas, sendo inclusive plataforma utilizada em campanhas eleitorais.

No entanto, apesar dos avanços institucionais no sentido de universalizar a internet, ainda é preciso percorrer um intrincado caminho até a sua consolidação como ferramenta de aprofundamento da democracia.

Marcos legais e governo eletrônico

Entre as políticas públicas elaboradas pelo Estado Brasileiro no sentido de universalizar o acesso à internet, destaca-se o Plano Nacional de Banda Larga, instituído pelo [Decreto Federal n.º 7.175 de 12 de maio 2010](#). De acordo com ANATEL², esta política pública teve vigência até 31 de dezembro de 2016, sendo que as empresas Grupo Oi, Algar, Telefônica (Vivo) e Sercomtel, junto a ANATEL, firmaram acordo para massificar a oferta por varejo a 5.385 municípios, a oferta por atacado a 4.161 municípios, e a oferta por satélite a 185 municípios (BRASIL, 2016b).

2. Plano Nacional de Banda Larga. ANATEL, 2016.

Em substituição ao Plano Nacional de Banda Larga, foi editado o [Decreto Federal n.º 9.612 de 17 de dezembro de 2018](#), que estabelece a expansão do acesso à internet como objetivo geral das políticas públicas de telecomunicações.

Ademais, menciona-se o Marco Civil da Internet, criado pela [Lei nº 12.965/2014](#), que institui os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso e funcionamento da internet.

Pesquisa revelou que aproximadamente metade dos usuários com 16 anos ou mais alegou não ter realizado atividades de governo eletrônico por considerar complicado usar a rede para o contato com o governo

Em síntese, estas iniciativas visam massificar a internet como infraestrutura necessária ao desenvolvimento nacional e garantir o seu funcionamento com base em princípios democráticos, entre os quais se destaca o da preservação e garantia da neutralidade da rede.

Especificamente em relação ao Poder Público, diversas normas, ao longo da última década, estabeleceram o dever de utilização da internet como ferramenta para difusão de informação e participação social.

O Marco Civil da Internet, por exemplo estabeleceu como diretriz a promoção de governo eletrônico e a Lei de Acesso à Informação ([Lei 12.527/2011](#)) obrigou a disponibilização de dados governamentais em seus sítios eletrônicos.

Segundo a Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Setor Público Brasileiro de 2017³, 90% dos órgãos públicos federais e estaduais possuem sítio eletrônico.

No entanto, a mesma pesquisa revelou que aproximadamente metade (51%) dos usuários com 16 anos ou mais alegou não ter realizado atividades de governo eletrônico – serviços públicos disponíveis na internet – por considerar complicado usar a rede para o contato com o governo, e outros 25% mencionaram ter dificuldade para encontrar os serviços que precisam na internet.⁴

3. Pesquisa Sobre o Uso das TIC no Setor Público Brasileiro. CGI, 2017.

4. 5 anos depois: um balanço das políticas públicas de internet no Brasil. IntenetLab, 2019.

Privacidade e liberdade: riscos no horizonte

Neste cenário, com objetivo de melhorar a qualidade dos serviços públicos no ambiente digital, recentemente, novas normas foram criadas: Lei Geral de Proteção de Dados, Lei da Liberdade Econômica e o Decreto Federal n.º 10.046/2019.

A Lei Geral de Proteção de Dados, criada pela [Lei 13.709/2018](#), entrará em vigor integralmente em agosto de 2020, criando regras específicas de tratamento de dados para o setor público.

Determina, por exemplo, que o Poder Público informe as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realiza o tratamento de dados pessoais dos usuários de serviço público, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades. Todas estas

obrigações deverão ser disponibilizadas preferencialmente por meio da internet.

Por sua vez, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, criada pela [Lei 13.874/2019](#), inova com relação à governança pública digital, pois permite o armazenamento eletrônico de documentos públicos e prevê que registros públicos, realizados em cartório, podem ser escriturados, publicados e conservados em meio eletrônico.

Por fim, foi editado o [Decreto Federal n.º 10.046](#), de 9 de outubro de 2019, que cria o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados, com o objetivo de facilitar o acesso dos cidadãos aos serviços governamentais, por meio de uma interface unificada de atualização cadastral, suportada por soluções tecnológicas interoperáveis.

Isto é, a partir de tecnologias da informação e comunicação (TIC), o Governo Federal irá unificar todas as informações pessoais possíveis de serem mensuráveis, como dados laborais, biológicos e registrares, exceto os dados genéticos.

Não obstante o esforço do Executivo Federal em aprofundar a governança digital, com a criação de diversos ser-

A criação de um colossal banco de dados controlado somente pelo Executivo Federal, sem a presença da sociedade civil e de outras instituições, põe em risco o uso destas informações

viços eletrônicos⁵, o Decreto Federal n.º 10.046/2019 se coloca na contramão de todas as normas afeitas à internet, à proteção de dados e à governança digital.

A utilização da internet como meio de manifestação autoritária deve ser imediatamente rechaçada

Democracia versus autoritarismo

A criação de um colossal banco de dados controlado somente pelo Executivo Federal, sem a presença da sociedade civil e de outras instituições, já coloca em risco o uso destas informações.

Além disso, como estabelecido pela Lei Geral de Proteção, a proteção à privacidade significa que os dados fornecidos só podem ser usados para o mesmo fim para o qual você os forneceu. Assim, o Poder Público não

pode, sem autorização prévia, manipular de forma ilimitada os dados pessoais que dispõe.

Portanto, a criação de um sistema único para o compartilhamento de dados geridos pelo Poder Público, sem a devida fiscalização da sociedade civil e em desrespeito à privacidade, apresenta-se como uma potencialidade extremamente negativa da internet, já que configura o Estado a partir de bases autoritárias.

A utilização da internet pelo Poder Público deve ocorrer no sentido de promover a democratização, transparência e *accountability*, ou seja, deve construir uma governança pública digital democrática.

Diante do comportamento do Brasil em massificar o acesso à internet e instrumentalizá-la como ferramenta essencial para o fortalecimento da democracia, diversos avanços ocorreram ao longo da última década, no entanto, a utilização da internet como meio de manifestação autoritária deve ser imediatamente rechaçada. /

5. Transformação digital supera 500 novos serviços em um ano e Serviços Digitais 2019. Gov.br.

Construção e desconstrução dos Direitos Humanos no Brasil

RUBENS NAVES

GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA

/ Originalmente publicado no relatório Direitos Humanos no Brasil 2019, da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos /

*Ninguém respeita a Constituição
Mas todos acreditam no futuro da Nação
Que país é Este?
(Renato Russo)*

A Rede Social de Justiça e Direitos Humanos (Rede) completa 20 anos de existência e militância pelo pleno respeito e efetivação dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais universais, indivisíveis e inalienáveis, decorrentes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário e, especialmente, da Constituição da República.

Nestas últimas duas décadas, os relatórios da situação anual dos Direitos Humanos no Brasil produzidos pela

Rede cobriram os avanços e a tensão pela luta e implementação em torno dos Direitos Humanos pactuados na Constituição da República nos sucessivos governos democráticos, sejam de tonalidades mais ou menos progressistas.

Em todos os relatórios evidencia-se, contudo, a dificuldade em se romper uma barreira estruturante: a forma e os limites pelos quais o Estado e suas políticas públicas priorizam os Direitos Humanos em um ambiente democrático.

No momento em que a Constituição da República inicia sua quarta década, com o deslocamento do seu centro de eficácia para o Supremo Tribunal Federal, cabe refletir sobre quais as possíveis oportunidades e armadilhas que se vislumbram para o conjunto de direitos e garantias nela previstos.

De qualquer forma, vamos deixar o pessimismo para dias melhores.

1. O panorama jurídico institucional brasileiro

O modelo político, jurídico e institucional pactuado e estabelecido com a promulgação da Constituição da República estabelece que os Direitos Humanos são assegurados a toda pessoa e que sob nenhuma condição ou circunstância podem ser desrespeitados.

A Constituição estabelece a igualdade “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” (art. 5º).¹

O que os últimos vinte anos de relatórios da Rede demonstra de forma inequívoca é que a sociedade brasileira e, notadamente, suas instituições republicanas, ainda não foram capazes de assegurar a *inteireza material do princípio da igualdade* em consonância com os objetivos fundamentais da República, previstos no artigo 3º da Carta, destacando-se, dentre eles, a eliminação da pobreza e a diminuição das desigualdades regionais e sociais.

Apesar de um período, notadamente marcado pelos governos do PT, em que a organização das políticas públicas, a narrativa e o discurso político pulsavam a partir da participação de inúmeros Conselhos de partici-

1. O Estado brasileiro passou a ratificar os principais tratados de proteção dos direitos humanos a partir da Carta de 1988: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996 e i) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) em 03 de dezembro de 1998, o Estado Brasileiro reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto Legislativo n.89/98; k) em 07 de fevereiro de 2000, o Brasil assinou o Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente.

Hoje há uma forte divisão a favor e contra os Direitos Humanos, efeito de uma rede ideológica que opõe os direitos universais à prevalência de pretensos “humanos direitos”, os “cidadãos de bem”

pação popular, em diversos setores, o fato é que nos últimos anos a iniquidade aumentou e a desigualdade atingiu patamares que remontam ao ano de 2001.²

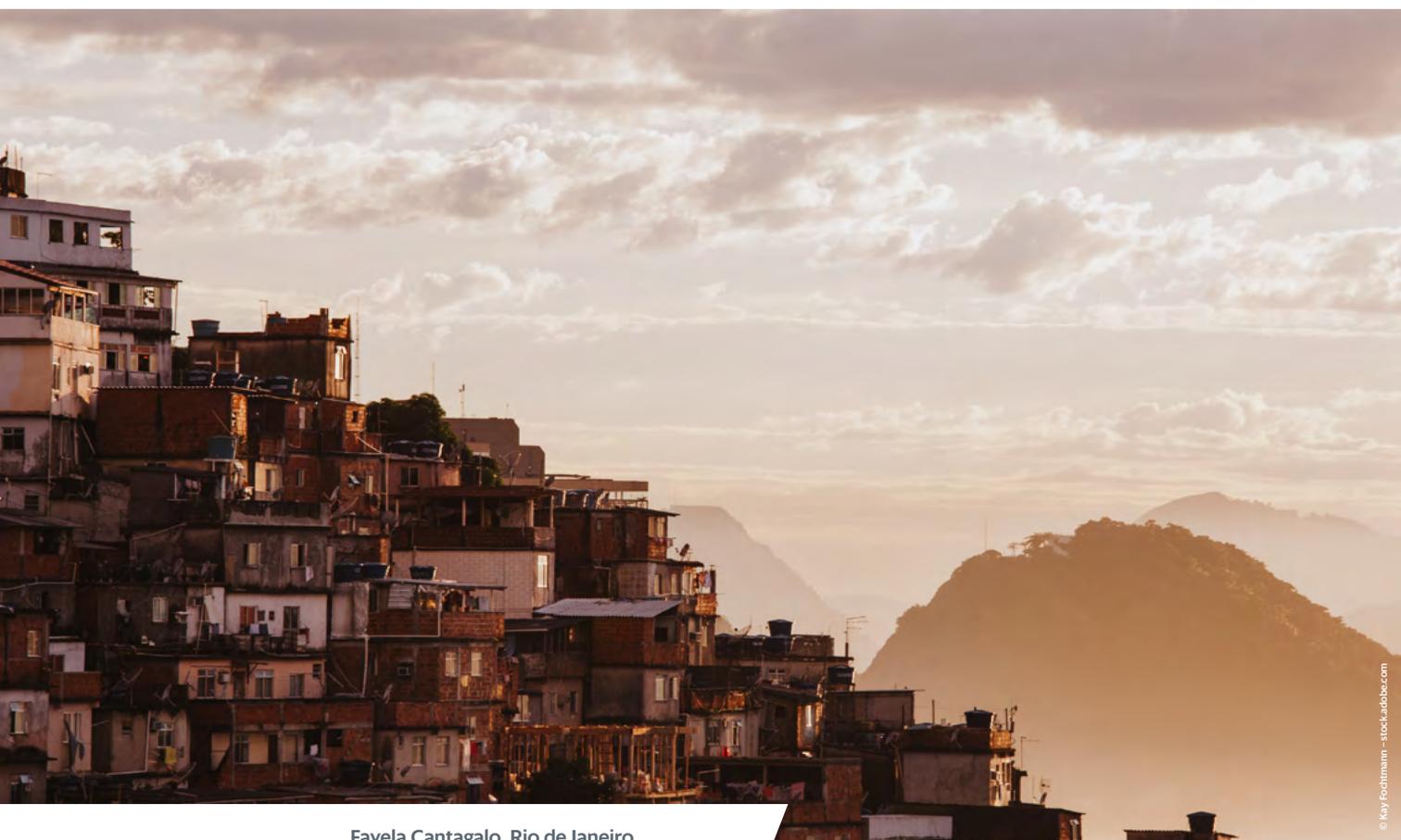
Trata-se, portanto de constatar que avanços conquistados nas últimas décadas tiveram caráter periférico, não estrutural. As formas fundamentais de produção, organização e distribuição de riquezas, debate essencial para implementação de políticas de justiça social, ficaram à margem das prioridades dos governos eleitos nos últimos 20 anos. Por isso, inclusive, foi possível interromper o processo de efetivação de direitos que estava em curso e inverter o seu sentido, de modo a pôr o País no atual rumo, de desmonte de políticas sociais e crescente criminalização de movimentos populares e organizações da sociedade civil.

A própria noção de direitos da pessoa humana está impregnada atualmente de um conceito ampliado de luta de classes. Isto se traduz na forte divisão que se verifica hoje na população *a favor e contra* os Direitos Humanos e seus *representantes*, lançados numa rede ideológica que opõe os direitos universais à prevalência de pretensos “humanos direitos”, os “cidadãos de bem”.

A falácia do argumento, sabemos, é evidente, uma vez que nega a condição de pessoa a qualquer indivíduo, inclusive ao emissor do argumento. Mas, dirão, isto é ideológico, coisa de *defensor* de “bandido”. A luta, sem dúvida, passa por enfrentar, inclusive na internet, a construção histórica dos Direitos Humanos e o que significa o seu caráter de irrenunciabilidade, inalienabilidade, indisponibilidade e universalidade.

Outro aspecto importante é colocar em perspectiva a internacionalização desses Direitos e o que significa o Sistema Internacional de proteção dos Direitos Humanos; notadamente, o Sistema Regional de proteção, a OEA, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em um momento de ufanismos nacionalistas.

2. Oxfam alerta para retrocessos em <https://www.oxfam.org.br/pais-estagnado>. Site acessado em 09/09/2019 às 18:35hs. De igual forma, os dados do PNAD do IBGE indicam que a pobreza voltou aos níveis do começo da década (2011). Portanto, o período caracteriza-se, inclusive, como o da década perdida.



Favela Cantagalo, Rio de Janeiro

Sempre nos vem à mente as propostas de Luiz Pérez Aguirre e Juan José Mosca³ e seus exercícios cotidianos sobre Direitos Humanos no livro *Educar em Direitos Humanos – Pautas para uma Educação Libertadora*, em que noções próprias do dia-a-dia das pessoas são integradas a experiências comuns a vários povos. O respeito ultrapassa fronteiras e conhecer o próximo, o outro, reconhecendo nele a humanidade fundamental que nos constitui, é o primeiro passo para romper fronteiras, inclusive políticas e nacionais.

A Constituição da República incorpora a dimensão sem fronteiras dos Direitos Humanos ao incorporar em seu texto aqueles *direitos fundamentais* que sejam decorrentes de outros Acordos, Tratados ou Convenções dos quais o Brasil seja parte (artigo 5º, §§2º e 3º), propugnando, ainda, no plano internacional, por uma cultura da paz, da prevalência dos Direitos Humanos e, no plano latino-americano, pela construção de uma Comunidade Latino-Americana de Nações (artigo 4º da Constituição).

3. *Direitos Humanos – Pautas para uma Educação Libertadora*. São Paulo: Vozes, 1990. 368p.

A bola está em campo e o jogo continua, mas o placar está a favor do projeto neoliberal de poder, que conseguiu retroceder o país, em 2018, aos patamares da virada do milênio

2. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana

A Constituição da República conferiu *status* de norma *materialmente* constitucional a um conjunto de Direitos Humanos consentâneo com a proteção da dignidade da pessoa humana e dotou as suas instituições do dever de promovê-los, implementá-los, inclusive com a participação da sociedade civil.

Isto porque um dos *vetores* da organização estatal reside na premissa da *participação democrática* como instância de legitimação do exercício e manutenção do poder.

O projeto *normativo* da Constituição da República, ainda que calcado sobre a livre iniciativa e a propriedade privada, está longe de ser o projeto *neoliberal* que os governos a partir de 1988 projetaram no campo econômico.

Basta verificar que assegura, como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal o *mínimo existencial* sendo vedado o *retrocesso* em termos de políticas públicas concernentes a direitos humanos, políticos, sociais e culturais conquistados e incorporados no patrimônio pessoal e coletivo dos cidadãos.

O artigo 3º da Constituição ao assegurar, ao seu turno, a promoção do desenvolvimento, com a diretriz do planejamento da atividade estatal contida no artigo 173 da Carta, determina que o desenvolvimento econômico tenha a finalidade de garantir a todos vida digna, capaz de prover eficácia plena aos direitos e garantias individuais assegurados *normativamente na Constituição e nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário*.

É exatamente isso que os relatórios da Rede perseguem há 20 anos ininterruptos.

Como afirma Gilberto Bercovici⁴

Os detentores do poder econômico e do poder político vêm conseguindo bloquear a realização do programa emancipatório e transfor-

4. Constituição Econômica e Dignidade da Pessoa Humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 102. Jan-dez 2007. p. 457-467.

mador presente no texto, de 1988, privilegiando a realização de políticas ortodoxas de ajuste fiscal e a inclusão, pela via da reforma constitucional, de dispositivos que servem para “blindar” a sua opção política, contrária às decisões fundamentais originais da constituinte, buscando evitar que possam ser alteradas por uma improvável reviravolta ideológica ou eleitoral. A “compensação” que se oferece é, pelo visto, a defesa das concepções liberais do mínimo existencial. Ora, a Constituição, de 1988, expõe de forma muito clara como se vinculam dignidade da pessoa humana e constituição econômica: esta vinculação se dá por meio da democracia econômica e social, no sentido de uma emancipação completa dos brasileiros; ela não se reduz à alternativa individualista, portanto, limitada, do discurso do mínimo existencial.

Frei Betto, ao apresentar o relatório do ano de 2000, em pleno governo Fernando Henrique Cardoso, apon-tava no seu texto intitulado “Em defesa do milagre da vida” que o relatório nos envergonhava como Nação, uma vez que não havíamos erradicado as violações aos direitos humanos, a violência no campo grassava, e

as chacinas e a repressão policial nas cidades aumentavam de intensidade. E advertia⁵:

As páginas deste documento comprovam que o trabalho da Rede Social é imprescindível como elo de uma corrente de solidariedade aos condenados da Terra, segundo o imperativo ético da dar voz aos que não têm voz para que, amanhã, eles também possam ter vez.

A bola está em campo e o jogo continua; mas o placar está a favor do projeto neoliberal de poder, que conseguiu retroceder o país, em 2018, aos patamares do ano da advertência de Frei Betto.

3. A pretensa (des)construção do sistema de proteção aos Direitos Humanos no Brasil

Nos últimos vinte anos, em seus artigos, os sucessivos relatórios da Rede sempre trouxeram dados importantes sobre os Direitos Humanos no Brasil referentes a estatísticas em torno do trabalho escravo, povos indígenas, conflitos pela terra e situação agrária no Brasil, tortura e execuções extra-judiciais; crianças e adolescentes; emprego e ocupação econômica;

5. Frei Betto. Prefácio ao Relatório Direitos Humanos no Brasil 2000 da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. São Paulo. Publicado on line. Disponível em <https://www.social.org.br/index.php/livros-books/livros-direitos-humanos-no-brasil/47-direitos-humanos-no-brasil-2000.html>

O Poder Judiciário tem, no mais das vezes, se revelado contrário aos valores constitucionais e caudatário de pautas a serviço do capital, da concentração de renda, exclusão e da criminalização de movimentos sociais

educação; habitação; saúde e dados estruturais impactantes sobre a possibilidade de desenvolvimento econômico sustentável brasileiro como, por exemplo, a dívida externa.

Esses índices, mesmo em mudanças no panorama político macro, como foi a eleição do Presidente Lula e os quatorze anos em que o PT esteve à frente do Governo Federal, apesar de melhoras substanciais no campo do combate à fome e à miséria, ressentem-se de uma transformação *estrutural*, ou seja, o Brasil não foi capaz de atingir ou modificar as *causas* da produção e reprodução de enormes desigualdades.

Daí porque, com a volta ao poder de governos mais conservadores, notadamente a partir de 2016 com a Presidência de Michel Temer, verifica-se o recrudescimento destes índices e o retorno a índices compatíveis com os números da série iniciada pela Rede, em 1998.

O que isso revela?

Em primeiro lugar, a facilidade com que o desmonte de mecanismos de proteção e implementação de direitos é promovido. Em segundo lugar, a revelação de que isto acontece porque *do ponto de vista normativo e político* referidos avanços deixaram de se consolidar *estruturalmente*, no âmbito da ação estatal.

Se verificarmos mais de perto ainda, em termos de compatibilidade dos esforços institucionais e seus alinhamentos com o regime de políticas públicas previsto na Constituição da República para a promoção do desenvolvimento nacional e integração do povo brasileiro, a ausência de aderência revela-se ainda maior.

Daí porque, de governo a governo, legitima-se uma percepção de que os grupos majoritariamente eleitos detêm a possibilidade de eleger as pautas de prioridades e governabilidades, tendo em vista a consagração nas urnas.

Isto é, apenas, parcialmente verdadeiro, a partir de uma base de propostas apresentadas na perspectiva de soluções constitucionalmente avalizadas.

Os exemplos podem ser colocados: reforma agrária e urbana; democratização do sistema financeiro; democratização dos meios de comunica-

Estamos assistindo a uma rápida deterioração dos índices sociais, com aumento da iniquidade, concentração de renda, desemprego, violência, desmatamento, intolerância religiosa, entre outros retrocessos

ção; erradicação da miséria por meio do desenvolvimento de políticas de integração regionais, dentre outros, tudo com previsão constitucional.

É bem verdade que avanços constitucionais aconteceram no campo da educação, saúde e direitos sociais, e os retrocessos podem e devem ser denunciados e demonstrados como inconstitucionais.

Daí porque algo da nossa atenção deveria se voltar para o comportamento de uma outra instituição republicana: o Poder Judiciário e sua função garantista e garantidora.

Todavia, o que os relatórios dos últimos vinte anos da Rede demonstraram é que o desempenho funcional do Poder Judiciário tem, no mais das vezes, se revelado contrário aos valores constitucionais e caudatário de pautas que estão a serviço do capital, da concentração de renda, da exclusão, da criminalização de movimentos sociais, entre outros aspectos de

uma atuação na contramão dos direitos e objetivos constitucionais.

Do ponto de vista normativo, nossa Constituição da República está estruturada em princípios que universalmente compõem o núcleo de valores dos Direitos Humanos como o respeito à vida, à liberdade, à propriedade e sua função social, aos valores sociais, à democracia, à pluralidade e à fraternidade, entre outros que lhes são correlatados, de forma expansiva, dispondo que a organização da ordem econômica e as funções estatais devam se planejar para realizar o planejamento integrativo nesse sentido.

Este olhar *normativo* da Constituição não nos coloca em conflito com o modo de produção *capitalista* mas com o *neoliberalismo* extremamente conservador ou até reacionário que, nos últimos anos, além de desestruturar conquistas sociais que se desenhavam, avança para romper com a própria *estrutura normativa constitucional*.

É importante registrar que se assiste nos últimos anos a uma cooptação de grande angular do espectro político por esse movimento, em nome de premissas como governabilidade ou governos de coalização ou, ainda, a pressão do capital externo por investimentos.



Bairro do Itaim Bibi, São Paulo

O resultado a que estamos assistindo é uma rápida deterioração dos índices sociais, com aumento da iniquidade, concentração de renda, desemprego, violência, inclusive no campo, desmatamento, intolerância religiosa, entre outras mazelas e retrocessos.

Já em 2013, o relatório da Rede alertava em seu Prefácio⁶

Em outubro de 2011, Noam Chomsky visitou, em Boston (EUA), o movimento de ocupações das praças, o *Occupy Boston*. Diante daqueles manifestantes, protagonistas dos

protestos anticapitalistas que espalharam pelo mundo a *consigna* “somos 99% contra 1%”, Chomsky frisou: “vivemos um momento de encruzilhada e incerteza, em que, além do aumento persistente da desigualdade e do esvaziamento da democracia, pairam ameaças com o recrudescimento do caos econômico e a tentação de buscar nas guerras a solução para crise”. Este é o mundo desenhado pelas políticas neoliberais, que faz sentido e funciona bem para 1% da população. Ou, ainda recorrendo às precisas palavras de Chomsky: “Para o 1%, ou ainda o 0,1%, está tudo bem.

6. Neuri D. Rosseto. Prefácio ao Relatório Direitos Humanos no Brasil 2013 da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. São Paulo: 2013, p. 13. 180p. Disponível em <https://www.social.org.br/index.php/livros-books/livros-direitos-humanos-no-brasil/169-relatorio-direitos-humanos-no-brasil-2013.html>

A desconstrução do Pacto Constitucional “esteve sempre endereçado a fazer emergir uma Constituição menos cidadã em uma sociedade com alta concentração de renda, abundância de mão de obra desqualificada, industrialização ainda precária”

Estão no topo, mais ricos e mais poderosos que nunca, controlando o sistema político e desconsiderando o público”. A concentração da renda e riqueza – agravada e acelerada pela hegemonia do capital financeiro – e o sequestro da política pelo mundo dos negócios estão no cerne desse mundo idealizado para o 1%.

No relatório de 2018, o artigo do professor titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, André Ramos Tavares, explicava como a desconstrução do Pacto Constitucional “esteve sempre endereçado a fazer emergir uma Constituição menos cidadã em uma sociedade com alta concentração de renda, abundância de mão de obra desqualificada, industrialização ainda precária”.⁷

4. A constante é a mobilização da sociedade civil

Já se disse que a Constituição é a soma dos fatores reais de poder⁸. Se é verdade que todo poder emana do povo, é preciso manter permanentemente o povo em estado de mobilização e ação para que a força normativa da Constituição nunca entre em estado de latência e sempre esteja apta a gerar potência.

Se maiorias eventuais, inclusive identitárias, podem promover, momentaneamente, recuos de direitos ou o retrocesso em relação a avanços anteriormente conquistados, no âmbito dos Direitos Humanos é consagrada a teoria da vedação do retrocesso, já reconhecida, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal.

Daí porque eventuais tensões podem ser deslocadas para esse âmbito de discussão. Assim já ocorreu, por exemplo, com demarcação de terras indígenas, com questões ligadas a liberdade de expressão do pensamento, liberdade religiosa, questão prisional, criança e adolescente.

7. A desconstrução do Pacto Constitucional in *Direitos Humanos no Brasil 2017: relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos*. Daniela Stefano e Maria Luisa Mendonça (orgs.) 1ª edição. São Paulo: Outras Expressões, 2018. 322p. (p. 147-157). Disponível em <https://www.social.org.br/index.php/livros-books/livros-direitos-humanos-no-brasil/205-relatorio-direitos-humanos-2017.html>

8. Ver Ferdinand Lassalle e o seu O que é uma Constituição? Disponível em www.ebooksbrasil.com

São sinais de esperança de como *mandatários* podem ser *forçados* a executar *orçamentos* e a *cumprir* a Constituição da República em nome de uma agenda de Direitos Humanos, mesmo que não a *respeite* e mesmo que o Supremo Tribunal Federal seja espelho fiel do *establishment*.

4.1 As ações constitucionais: respostas sistêmicas e coerência normativa

*A sorrir eu pretendo levar a vida,
O sol nascerá
(Elton Medeiros)*

Apesar das limitações de *representatividade* e *legitimidade* do Supremo Tribunal Federal, no campo *normativo* ele *pode representar o lócus* em que a conveniência política em eventual conflito com a Constituição é subordinada a interpretações feitas em *seu nome* e sob o pretexto de *lhe preservar a eficácia e integridade*.

Os movimentos da sociedade civil organizada, em especial os defensores e promotores dos valores de Direitos Humanos estão enfrentando o recrudescimento na obtenção de financiamento público de suas atividades mediante convênios, contratos de gestão ou parcerias, bem como no relacionamento com o Poder Público, seja no diálogo referente à formulação e execução de políticas públicas, seja em relação ao controle e à fiscalização das entidades ligadas à promoção desses valores e direitos.

A saída é o investimento na mobilização e na ocupação de espaços de participação popular assegurados *normativa e constitucionalmente*, bem como na utilização do espaço de *controle de constitucionalidade das políticas públicas previstas na Constituição da República*.

A identificação e a reivindicação da ocupação e manutenção desses espaços, hoje, é pauta constitucional e estratégica na perspectiva da resistência democrática e da defesa dos Direitos Humanos. O direito ao exercício de poder por parte dos cidadãos, assegurado pela Constituição Federal de 1988 (art. 1º, § 1º), por exemplo, permite ao cidadão peticionar junto aos Poderes Públicos para a defesa de seus direitos (art. 5º, XXXIV), obter certidões em reparti-

A identificação e a reivindicação da ocupação e manutenção desses espaços, hoje, é pauta constitucional e estratégica na perspectiva da resistência democrática e da defesa dos Direitos Humanos

ções públicas (art. 5º, XXXV), fiscalizar as contas municipais (art. 31, §3º), denunciar irregularidades ou ilegalidades (art. 74, § 2º), participar dos conselhos de gestão de saúde (art. 198, III), assistência social (art. 204, II), e educação (Art. 206, VI), cooperar por meio de associações no planejamento municipal (art. 29, XII), receber informações das autoridades (art. 5º, XXXIII), promover ações judiciais e representações (art. 5º, LXXIII), entre outras possibilidades de ação cidadã capaz de questionar o poder estatal, de se contrapor a ele, limitando-o e moderando-o.

A saída é investimento na mobilização e ocupação de espaços de participação popular assegurados normativa e constitucionalmente, bem como na utilização do espaço de controle de constitucionalidade das políticas públicas

A resistência ao cumprimento da vontade popular traduzida na Constituição Federal e a realização de seu conjunto de direitos e garantias pode levar a uma execução forçada da pauta de Direitos Humanos pelo Estado brasileiro que, se ainda assim

encontrar obstáculos, pode ser enfrentada no cenário internacional, junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Isto também nos leva a outros desafios: a intervenção do Supremo Tribunal Federal, limitada pelo perfil da *formação jurídica conservadora dos* Ministros da Suprema Corte brasileira, que por vezes têm uma leitura normativa *contida* do texto constitucional, a *função* constitucional de sua jurisdição nada tem de *ativista* mas, antes, de fazer cumprir a *eficácia da norma constitucional*, sob pena de cravar uma *inconstitucionalidade*.

Podemos, contudo, destacar aspectos positivos na agenda do Supremo em alguns pronunciamentos recentes, como aquele que incorporou no ordenamento jurídico brasileiro a noção de *estado de coisas inconstitucional* configurado em julgados da Corte Constitucional da Colômbia.

Trata-se do julgamento levado a efeito em medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, impetrada pelo PSOL em face das condições desumanas de custódia no sistema penitenciário brasileiro, agravado, na hipótese, pelo contingenciamento de verbas pelo Governo Federal do Fundo Penitenciário Nacional aos Estados do Brasil.

A partir do conceito de *estado de coisas inconstitucional*, no exame da situação carcerária nacional e da política de encarceramento, do não cumprimento de audiências de custódia para confirmação de prisões temporárias ou não, o expediente permite a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento de violações massivas de direitos fundamentais, colocando o Poder Judiciário como supervisor da efetiva implementação de soluções *constitucionalmente adequadas*. E por que *constitucionalmente adequadas*? Porque valoradas na perspectiva da Constituição e implicadas entre os Poderes constitucionais, legitimando a atividade do Supremo ou do Poder Judiciário, que agiu por meio de provocação.

Nessa direção, o Supremo aqui agiu no sentido de determinar os repasses do Fundo Penitenciário; ou seja, liberou os recursos contingenciados, expediu ofícios a todos os Estados da Federação para que informem sobre o recebimento dos recursos e a implantação das audiências de custódia em todo o sistema penitenciário e judicial, com o fornecimento de relatórios para acompanhamento pelo próprio STF.

Anote-se que até o presente momento, ainda não houve julgamento de mérito. Contudo, os pronunciamentos do Supremo apontam para uma interpretação extensiva da aplicação dos Di-

reitos Humanos no sentido de se aliar programação orçamentária com planejamento de políticas públicas.

5. Mobilização: Seguir adiante

A democracia é o regime dos compromissos. A pauta dos Direitos Humanos é a da luta e dos desafios. A constatação nesses vinte anos de atuação da Rede Social de conformidade com os seus relatórios anuais, é a de que, somente pela mobilização da sociedade e sua articulação para implementar as obrigações do Estado, os avanços podem ser conquistados e mantidos.

Os protestos que chacoalharam as instituições em 2013, apesar da guinada à direita que estamos experimentando atualmente, indicam que há uma pauta de implementação de direitos que mobiliza indivíduos e ações concretas.

Especificamente, no que diz respeito aos Direitos Humanos há pautas concretas em torno de muitos dos assuntos monitorados pela Rede, como indicado neste relatório de 2019, que devem nos mobilizar para a construção de uma sociedade mais plural, inclusiva e igualitária, de forma a propiciar um desenvolvimento mais humano, solidário e fraterno entre os milhões de brasileiras e brasileiros que sonham com um país mais justo. /

Lei do processo administrativo paulista completa 21 anos

MARCELA ARRUDA

/ Originalmente publicado na revista *Consultor Jurídico* /

Nascida aos 30 de dezembro de 1998 para regular os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Estadual, a Lei Paulista 10.177 é um instrumento essencial ao exercício da cidadania e da defesa de todos particulares contra os atos arbitrários praticados no âmbito da Administração Pública.

O aniversário de 21 anos pode provocar várias reflexões, destacamos, entretanto, apenas duas. A primeira refere-se à relevância da Lei, a segunda é um breve olhar sobre o cumprimento da sua missão ao longo dessas décadas.

Antecipa-se que a partir da vigência da referida lei, os cidadãos e instituições alcançadas pelos atos pratica-

dos por agentes públicos passaram a ter fortes argumentos para impugnação dos atos ilegais. A existência de uma conduta possivelmente irregular por parte de determinado cidadão ou instituição não é por si só motivo para desconsiderar direitos inegociáveis, reforçados na mencionada lei.

O contexto do nascimento da aniversariante é memória importante. Era 28 de janeiro de 1993 quando o Diário Oficial do Estado de São Paulo noticiou o anteprojeto da mencionada Lei Paulista, convocando a sociedade civil para contribuições e críticas ao texto já elaborado por uma comissão formada pela Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania, constituída por juristas como Carlos Ari Sundfeld, Clóvis Beznos e Ruy Homem de Mello.

Entre as primeiras justificativas encontrava-se o ressentimento dos diversos entes federativos em relação à ausência de regras orientativas da atuação da Administração Pública e do seu relacionamento com os particulares, bem como a necessidade de mecanismos para implementação de uma administração eficiente. Preocupação que fazia todo sentido. Afinal, a Constituição Federal de 1988 inseriu no rol dos direitos fundamentais a garantia do contraditório, da ampla defesa e a expressa proibição de ser privada a liberdade ou bens de alguém sem que antes se percorra o devido processo legal. Alerta similar também foi antecipada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

Para impedir atos com viés pessoal e contrários aos ditames da legislação em vigor, a comemorada lei determina, ainda, a existência de relação lógica entre a causa e o motivo da decisão administrativa

Apesar disso, em 1993 eram praticamente inexistentes os regulamentos e diretrizes acerca das garantias do cidadão quando do seu relaciona-

mento com o Estado. Existiam apenas leis esparsas que abordavam o tema processo administrativo em contexto específico (*lei de licitações e contratos administrativos, Estatuto do Servidor Público etc.*).

Marco da redemocratização

Assim, em 1998 com o empenho e assinatura do governador Mário Covas e Belisário dos Santos Junior, à época Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania, e o apoio das demais secretarias envolvidas, nasceu radiante e repleta de planos a aqui referenciada Lei Paulista, antecedendo, inclusive, a regulamentação federal que chegou um mês após (Lei 9.784/1999).

O seu surgimento refletia o marco da redemocratização, afastando a timidez das normas paulistas vigentes à época, que quando muito autorizavam o cidadão a obter certidões e acessar suas informações nominais (Decreto-lei 104/969 e a Lei 5.702/1987).

Consolidando o entendimento do Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, que na época já rechaçava os atos arbitrários praticados pelos representantes da Administração Pública, a Lei Paulista trouxe diretrizes claras, determinando que não se iniciará qualquer atua-

O administrador público é incentivado a realizar consultas e audiência pública e promover outros meios de participação das organizações interessadas na decisão – balizamento democrático frequentemente afrontado

ção em relação aos particulares sem a prévia formalização e o fundamento objetivo do ato praticado.

Para impedir atos com viés pessoal e contrários aos ditames da legislação em vigor, a comemorada lei determina, ainda, a existência de relação lógica entre a causa e o motivo da decisão administrativa.

Buscando concretizar os princípios constitucionais, a Lei Paulista também exigiu que os atos sejam praticados para atender à verdadeira finalidade da lei. Não podendo os agentes públicos praticarem atos movidos por interesses pessoais, políticos ou fundamentem suas condutas em dispositivos aleatórios de outra lei que não guarde relação com a situação concreta.

A permissão de ampla participação do cidadão no processo administrativo e o direito de recorrer sempre que esse for afetado por uma decisão do administrador público evidencia

a garantia do direito à ampla defesa e do contraditório e a tentativa de obstar os atos desproporcionais.

Aliás, o prestígio à participação do cidadão e organizações da sociedade civil no processo decisório do administrador público tem espaço especial na Lei festejada. O administrador público é incentivado a realizar consultas e audiência pública e promover outros meios de participação das organizações interessadas na decisão administrativa. Valor extremamente caro e infelizmente sempre afrontado.

Balanço de frustrações e conquistas

Sem dúvidas, trata-se de uma das leis mais relevante no estado e a consequência da não observância das suas diretrizes é a anulação do ato (guarda-se aqui as exceções de situações regulamentadas por leis especiais).

Assim, não pode, por exemplo, um agente público praticar determinado ato e/ou aplicar uma multa, seja ela qual for, sem registrar com clareza os motivos e fundamentos legais pelos quais está agindo. Igualmente não poderá haver negativas de requerimentos formulados pelo particular sem que os fundamentos legais sejam expressos. Isso parece óbvio? Deveria, mas não é.

Nesse ponto, sem desprezar que a relevância da Lei Paulista merece uma abordagem mais ampla dada a importância no marco da redemocratização, seguimos para a segunda reflexão que diz respeito ao cumprimento da sua missão ao longo dessas décadas.

Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade e do interesse público são continuamente descumpridos, colocando a Administração Pública na liderança das litigâncias

Sobre o alcance da sua missão, são visíveis os esforços dos integrantes da Administração Pública direta e indireta. Os processos administrativos caminham – quase sempre – com a participação dos interessados. As decisões administrativas têm se aperfeiçoado e as ferramentas internas da Administração Pública também parecem seguir a modernização (processos eletrônicos).

Contudo, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finali-

dade, interesse público e motivação dos atos administrativos, anunciados na CF/88 e na lei paulista são continuamente descumpridos, o que coloca a Administração Pública na liderança das litigâncias no Judiciário brasileiro.

Em relação ao efetivo cumprimento da Lei, vale destacar duas frustrações. A primeira diz respeito ao tema transparência. A garantia de acesso às informações interesse particular, ou de interesse coletivo, aos registros administrativos e/ou atos de governo, descumprida continuamente por diversos órgãos da Administração Pública, precisou de Lei Federal para reforçá-la (Lei 12.527/11) e regulamentação específica no estado (Decreto Estadual 58.052/2012).

O desafio do excesso de litigância

A segunda frustração que me atrevo a ilustrar diz respeito à quantidade de demandas no Judiciário com o fundamento da não observância das suas diretrizes por seus próprios agentes. Mas essa não deve ser vista como um problema único da Lei Paulista ou falha na sua edição. Ao contrário, suas orientações são claras e completas. A problemática é mais complexa e pode ter diversas explicações – merecedoras de estudo especial.

A busca por soluções efetivas para as litigâncias administrativas, prezando a consensualidade também é um caminho a ser mais utilizado e que poderá evitar a extensão dos conflitos levados ao Judiciário

Além das pesquisas oficiais que confirmam o número de litigância envolvendo a Administração Pública, basta uma busca rápida no Tribunal de Justiça de São Paulo, limitando a pesquisa aos temas da comentada lei, que se perceberá centenas de casos em que o Judiciário anula atos administrativos, seja porque não há clareza nos fundamentos indicados para autuação de um particular, seja porque houve desvio da finalidade e/ou existe prova sólida de impessoalidade. O descumprimento à garantia do direito ao contraditório e à ampla defesa é um dos motivos mais constantes de anulação.

Os assuntos arguidos para anulação são diversos, passam por muitas de trânsito e chegam aos milionários créditos administrativos decorrentes de discussões oriundas do não pagamento de taxas, impostos etc.

Tudo isso poderia ser evitado pela própria Administração se os processos fossem conduzidos com base nas diretrizes da Lei 10.177/98. Aliás, o seu próprio texto antecipa que o administrador público poderá anular os seus próprios atos quando identificada a ilegalidade, mas há forte resistência por parte da Administração Pública em relação ao reconhecimento das falhas dos seus agentes.

A busca por soluções efetivas para as litigâncias administrativas, prezando a consensualidade também é um caminho a ser mais utilizado e que poderá evitar a extensão dos conflitos levados ao Judiciário.

É possível que as novas orientações da Lei de Introdução às Normas Brasileiras (13.655/2018), que rechaça qualquer atuação do administrador público com base em valores abstratos e sem a exposição clara de motivos, sirva para fortalecer os fundamentos já existentes na Lei aniversariante, mas ainda é muito cedo para diagnósticos nesse sentido.

Por fim, haveria outros motivos para críticas em relação a não ou a má aplicação da Lei Paulista, mas é aniversário e nesta data apenas elogia-se. /

Novo alvo da desconfiança: a sociedade civil

MARIANA CHIESA GOUVEIA NASCIMENTO

/ Originalmente publicado no estadao.com.br/

A sociedade civil organizada é parte central de qualquer democracia saudável. A partir da redemocratização do Brasil, com a Constituição Federal de 1988, houve um relevante esforço de inclusão da participação popular na formulação e implementação de políticas públicas, por meio da aproximação entre Estado e sociedade civil.

São exemplos a criação de conselhos participativos no âmbito dos entes da Administração Pública, bem como a construção de modelos contratuais de parceria, em que organizações da sociedade civil pactuam a realização de atividades de interesse social, no campo da saúde, cultura, educação, assistência social, ciência e tecnologia, entre outros.

Por meio de tais estratégias, as entidades sem fins lucrativos passaram a ser instrumentos para ampliar a capacidade de atuação do Estado, nas suas mais variadas obrigações, ampliando também as perspectivas no campo das políticas públicas.

Ao lado das possibilidades de colaboração mais direta com o Estado, durante os mais de 30 anos de regime democrático, constatou-se o florescimento de diversas iniciativas na luta pelo reconhecimento e garantia de direitos. São exemplos os movimentos de moradia e de reforma agrária se consolidaram ao longo dos anos, movimentos ligados ao fortalecimento da garantir de direitos na primeira infância e mobilizações diversas, como a estudantil que trouxe

Ao longo de três décadas foi possível observar um reconhecimento crescente da importância da sociedade civil brasileira e um avanço, nem sempre linear, do fortalecimento institucional da democracia no País

à tona importantes pautas na área da educação.

Portanto, em termos gerais, foi possível observar um reconhecimento crescente da importância da sociedade civil brasileira e um avanço, nem sempre linear, do fortalecimento institucional da democracia no País.

Desconfiança e antagonismo em alta

Em 2019, este processo começa a ter sua rota alterada. Na sequência de várias crises institucionais, políticas e econômicas que marcam o período recente da história brasileira, o que se percebe é uma virada significativa na forma como o Poder Público lida com tais entidades, nos diversos entes da federação.

É verdade que a aproximação da sociedade civil organizada e Poder Público não se deu, ao longo dos anos, imune de críticas e questionamentos. Contudo, estas considerações, em sua grande maioria, foram espe-

cificamente direcionadas ao funcionamento dos modelos de parcerias propostos e à extensão do papel de representação participativa. Neste sentido, as críticas direcionadas contribuíram para o aprimoramento dos modelos, seja por fomentar a implementação de novos marcos regulatórios, como no caso da CPI das ONGs que acabou motivando a formulação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, seja pela ampliação dos sistemas eletrônicos de controle, a sistematização de dados e informações, a produção de conhecimento etc.

Desde o início do ano, o que se nota é que as iniciativas e o discurso adotados tiveram como enfoque criar um ambiente de antagonismo à sociedade civil organizada, semeando um clima permanente de desconfiança. A atuação governamental parte de premissa de que grande parte da sociedade civil representa oposição política ao governo, e que, no contexto de autoritarismo que vivenciamos, deve ser eliminada.

Nesta direção, as medidas tomadas, ausentes de qualquer caráter efetivamente construtivo, têm como intuito fragilizar e impedir o funcionamento e avanço destes atores e, principalmente, suas pautas.

Durante a campanha presidencial,

Jair Bolsonaro já havia se referido ao conjunto das organizações da sociedade civil como “bandidagem” que presta “desserviço ao Brasil”. No primeiro dia do mandato, o presidente editou a MP nº 870/2019 que estabeleceu para a Secretaria de Governo uma competência de supervisão e monitoramento das atividades de organizações não-governamentais. Após pressão de representantes da sociedade civil, este texto foi revisado e a versão da MP convertida em lei conferiu à Secretaria de Governo a responsabilidade de interlocução com organizações não-governamentais.

Desmonte das gestões participativas

Em 11 de abril, foi publicado o Decreto nº 9.759/2019 que determinou a extinção de colegiados da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Esta medida atingiu diretamente vários conselhos que contam com a participação de representantes da sociedade civil, atuantes em temas como proteção dos direitos das pessoas com deficiência, das crianças e adolescentes, das mulheres, entre outros. Houve também a reformulação da estrutura de uma série de colegiados, como o Conselho Nacional de Políticas so-



bre Drogas – Conad, em que foi extinta a representação da sociedade civil, previamente existente.

Diante da flagrante inconstitucionalidade, o Decreto foi objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal, que deferiu liminar impedindo a extinção de colegiados criados por lei.

A atual atuação governamental parte de premissa de que grande parte da sociedade civil representa oposição política ao governo, e que, no contexto de autoritarismo que vivenciamos, deve ser eliminada

No tocante à política ambiental, vê-se que estruturas relevantes sofreram com o desmonte dos conselhos participativos, como é o caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, em que a representação da sociedade civil foi drasticamente reduzida. O impacto negativo também pode ser notado na crise de vazamento de óleo na costa do Nordeste, diante da extinção de dois comitês que integravam o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Água.

O governo desconsiderou, ainda, a relevância das organizações da sociedade civil para a instrumentalização da preservação de biomas, especialmente no que diz respeito à proteção contra o desmatamento na Amazônia. O ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, no âmbito do Fundo Amazônia, determinou logo no início do ano uma suspensão das parcerias firmadas com entidades do terceiro setor que eram responsáveis pela execução de boa parte das atividades realizadas para conservação da floresta e combate ao desmatamento.

No âmbito de estados e municípios, há recorrentes contingenciamentos e cortes nos repasses de recursos acabam por inviabilizar a execução de serviços pelas entidades parceiras, como no Rio de Janeiro, em que equipamentos de saúde e de cultura, geridos por organizações sociais por meio de contratos de gestão, sofrem já há anos com a ameaça constante de interrupção de suas atividades, devido à inexistência de repasse. Estas mesmas circunstâncias de incerteza quanto ao fluxo de repasse também podem ser verificadas no estado de São Paulo, em que as organizações sociais de cultura gestoras de museus sofreram com significativa redução dos montantes recebidos para execução de suas atividades no ano de 2019.

Em meio a graves retrocessos, um avanço importante

Para além dos cortes de repasses, o próprio regramento jurídico a que estão submetidas as parcerias firmadas entre Poder Público e entidades do terceiro setor, vem sendo alterado.

Para além dos cortes de repasses, o próprio regramento jurídico do setor sendo alterado por normativas que minam a autonomia das organizações, pondo em risco a sustentabilidade do modelo, essencialmente colaborativo

Novas normativas acabam por minar a autonomia das organizações, colocando em risco a própria sustentabilidade do modelo, essencialmente colaborativo. A Secretaria de Estado da Saúde do Estado de São Paulo emitiu Resolução SS nº 107/2019, em junho deste ano, restringindo as possibilidades de rateio de despesas no âmbito da execução de múltiplos contratos de gestão, eliminando potenciais ganhos de economicidade e eficiência, promovidos pelas OSs.

Apontam na mesma direção perigosa as propostas de entes federativos

quanto à inclusão de valores contratados com entidades do terceiro setor no cálculo do limite de gastos com pessoal, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Estas medidas demonstram profunda incompreensão da natureza jurídica dos modelos de parceria e contribuem para eliminar as potenciais vantagens percebidas na relação entre sociedade civil organizada e Estado.

À margem deste cenário, merece destaque um importante avanço no que diz respeito ao tema da sustentabilidade econômica das organizações da sociedade civil. Fruto de esforço incessante de representantes do terceiro setor, que há anos se organizavam para promover a regulação do tema, e, em decorrência de Medida Provisória editada em 2018 após o incêndio do Museu Nacional, foi sancionada em janeiro de 2019 a Lei de Fundos Patrimoniais (Lei nº 13.800/2019).

Este texto legal introduziu um arcabouço jurídico para disciplinar a relação entre a Administração Pública e fundos patrimoniais e o estabelecimento de ajustes de parceria, e disciplinou também o modelo de governança destes fundos, a partir da criação da figura das organizações gestoras de fundos patrimoniais, que podem ser constituídas na forma de associações ou fundações privadas.

Diante do contexto de contingenciamento de recursos e cortes no orçamento promovidos pelo governo federal, há tentativas de desenvolver parcerias com organizações sociais associada à instituição de fundos patrimoniais

A figura dos fundos patrimoniais é estratégia instrumental para contribuir com a sustentabilidade econômica das entidades da sociedade civil, na medida em que possibilitam a perenidade de doações de cunho filantrópico, por meio da manutenção do principal da doação no fundo. A nova lei teria maior potencial para ampliar doações se tivesse sido articulada com estratégias de exoneração fiscal, mas não deixa de conferir maior segurança jurídica a potenciais doadores, ao individualizar e separar os patrimônios do fundo e das instituições apoiadas.

Diante do contexto de contingenciamento de recursos e os cortes no orçamento promovidos pelo governo federal, há uma tentativa de desenvolver parcerias com organizações sociais associada à instituição de fundos patrimoniais. Este é o caso do programa “Future-se” do Ministério da Educação, desenvolvido com o intuito de tornar mais eficiente a gestão de instituições de ensino superior, por meio de ajustes com entidades privadas, muito embora o projeto, até o momento, careça de maior definição quanto à sua forma de implementação.

É inescapável concluir que 2019 foi um ano de grandes desafios à sociedade civil organizada. Ataques à legitimidade destas organizações desafiam sua forma de agir ao mesmo tempo que catalisam esforços para evitar maiores perdas às conquistas e encontrar caminhos para o avanço da atuação no campo das políticas públicas. /

O caleidoscópio constitucional

GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA

/ Originalmente publicado no estadao.com.br /

O desafio de avaliarmos o ano que se finda sob a perspectiva do Direito Constitucional pressupõe, obrigatoriamente, um exercício de direito político, de exame do relacionamento dos poderes estabelecidos da República na ótica do cumprimento constitucional.

A Constituição Federal contém inúmeros dispositivos orientadores da intervenção do Estado na economia e diretivos da implementação de direitos, com vistas ao desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária.

Para cumprirmos a proposta desta retrospectiva, principiamos pelo exame das principais alterações promovidas pelo Congresso Nacional à

Constituição Federal. Em seguida, jogamos luz sobre decisões do Supremo Tribunal Federal e seus reflexos na sociedade, sempre tendo como pano de fundo o relacionamento das instituições com a pauta do Poder Executivo.

Neste diapasão, devemos destacar a aprovação de quatro emendas Constitucionais no âmbito do Poder Legislativo, fazendo com que o Texto Constitucional, que em 2019 completou 31 anos chegue ao expressivo número de 103 Emendas ao seu texto original.

A primeira delas, a EC 100/2019 veio justamente alterar os artigos 165 e 166 da Constituição da República, ao tratar do orçamento impositivo, tor-

Com a aprovação, no âmbito do Poder Legislativo, de quatro novas alterações constitucionais, a Carta Magna, que em 2019 completou 31 anos, passou a incluir o expressivo número de 103 emendas

nando mais efetivo o preceito sistêmico contido no dever de o Estado brasileiro planejar sua atividade indutora do desenvolvimento nacional.

Nesta direção, tornou obrigatória a execução da programação orçamentária proveniente de emendas de bancada de parlamentares de Estados ou do Distrito Federal.

Esta importante mudança deve alterar, no curto e médio prazo a percepção, sobretudo no âmbito do Executivo, com relação ao caráter meramente autorizativo do orçamento público, deixando claro se tratar de peça vinculante, cuja execução deve ser planejada e executada, sob pena de crime de responsabilidade.

Fundos de Participação e reforma da Previdência

Outra alteração que deve ser destacada neste balanço é a Emenda nº. 102, que modificou dispositivos dos artigos 20 e 165 do Texto Constitucional atinentes à repartição e apli-

cação de recursos advindos da exploração do pré-sal para permitir que agora, estados e municípios possam usá-los. Anteriormente, a Constituição previa que os recursos seriam destinados exclusivamente a investimentos na Educação e em projetos de inovação tecnológica. Com a Emenda, União, estados e municípios podem investir esses recursos segundo regras mais flexíveis, próprias dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios.

Destacamos, ainda, a Emenda Constitucional nº. 103, de 12 de novembro de 2019, que altera o Regime Constitucional Previdenciário. Considerada fundamental para equilibrar as contas da seguridade social no País, a alteração muda as formas de contribuição da Previdência pelos trabalhadores da ativa que, em linhas gerais, passam a contribuir com valores mais altos e por mais tempo. Além de aumentar o tempo para a aposentadoria, a reforma elevou alíquotas de contribuição e estabeleceu várias faixas e regras de transição para os atuais assalariados, ressaltando, ainda, inúmeras categorias, como professores e policiais.

De qualquer forma, ficou estabelecido como idade mínima de aposentadoria na regra final, 62 anos para mulheres e 65 anos para homens, tanto para a iniciativa privada como para servi-

dores públicos com tempo mínimo de contribuição não inferior a 15 anos.

O Supremo Tribunal Federal, ao seu turno, protagonizou em 2019 importantes debates sobre aspectos atinentes a extensão de direitos fundamentais, competência da Justiça Eleitoral, organização do Estado, sua intervenção na Economia e extensão das reformas trabalhistas, apenas para nomear alguns.

Talvez a questão mais rumorosa tenha sido sobre a extensão do princípio constitucional da presunção de inocência, travada em ambiente político-jurídico extremamente polarizado

No campo penal, afirmação de importantes, e polêmicas, garantias

Talvez a questão mais rumorosa tenha sido sobre a extensão do princípio constitucional da presunção de inocência, travada em ambiente político-jurídico extremamente polarizado, em que a locução constitucional viu-se influenciada por normas de processo penal e por discussão sobre o que significa, no tempo e no processo, o momento do trânsito em julgado da decisão penal, com uma digressão de fundo sobre as instâncias recursais do processo penal brasileiro.

Em votação apertada, o Supremo Tribunal Federal julgou por maioria de votos as ações declaratórias de constitucionalidade de nºs. 43, 44 e 54 que discutiam justamente a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, sobre a possibilidade do cumprimento antecipado de pena em face da cláusula constitucional que considera todo cidadão inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Outra decisão, proferida em sede de repercussão geral no HC 166373, fixou orientação normativa de que em ações penais com réus colaboradores e não colaboradores, é direito dos delatados apresentarem as alegações finais de suas defesas depois daqueles réus que firmaram acordo de colaboração, justamente para se assegurar o princípio constitucional da ampla defesa. No campo do combate à corrupção, a decisão teve ampla repercussão porque naqueles casos em que advogados protestaram e requereram expressamente esta possibilidade antes de prolação de sentenças, obtiveram em sede de recurso a anulação de todo o processo e sua devolução à instância de origem para a preservação de direitos agora considerados violados.

No mesmo campo da apuração de delitos penais e supostos crimes de corrupção ativa, passiva, lavagem de capitais e evasão de divisas no cenário político partidário, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no jul-

gamento do IQ 4435 que quando a matéria for conexa a apuração eleitoral, a Justiça Eleitoral detém competência para julgar crimes conexos aos eleitorais, revendo entendimento anterior que atribuía competência exclusiva às varas da Justiça Federal.

Ainda no esteio de direitos e garantias, o Estatuto da Criança e do Ado-

lescente teve sua integridade normativa reafirmada à unanimidade pelo Supremo no âmbito de Ação Direta de Inconstitucionalidade 3446 impetrada pelo PSL, que afastou discussão sobre a inconstitucionalidade de dispositivos que tratam da liberdade de ir e vir de crianças e adolescentes em situação de rua, bem como da atuação dos conselhos tutelares.



Omissão legislativa e ativismo judicial

Importante decisão, objeto de muita polêmica e crítica com relação ao ativismo judicial, diz respeito ao reconhecimento da omissão legislativa sobre a criminalização da homofobia, equiparando-os aos tipos penais de racismo e às suas consequências e sanções criminais.

Importante decisão,
objeto de polêmica, diz
respeito ao reconhecimento
da omissão legislativa sobre a
criminalização da homofobia,
equiparando-os aos tipos
penais de racismo e às
suas consequências e
sanções criminais

No centro do debate, a omissão do legislativo em questionar e legislar sobre a matéria como sendo conduta passível de caracterizar violação a preceitos constitucionais que protegem indivíduos considerados vulneráveis. A ação meritória do julgamento da ADO 26/DF é constituir o Congresso Nacional em mora e obrigá-lo a legislar sobre o tema sem, contudo, fixar prazo para isto, esta-

belecendo que a decisão normativa constante do acórdão produz efeitos enquanto não sobrevier legislação adequada produzida pelo Congresso Nacional.

Trata-se de uma forma de preservar a eficácia normativa da Constituição Federal contra a injustificada mora omissiva do representante popular que, na essência, priva o cidadão da possibilidade de defender e exercer direitos.

No plano da organização do Estado e de sua intervenção na ordem econômica, é de se destacar a decisão proferida na ADI 5324, que permitiu a venda de estatais subsidiárias pelo Poder Executivo sem autorização legislativa prévia pelo Congresso Nacional, em interpretação conforme da Lei nº. 13.303/2016 aos artigos 170 e 175 da Constituição Federal.

Ainda no âmbito do direito econômico, destaque-se julgamento da ADI 538 que suspendeu, por unanimidade, trechos de dispositivos da CLT inseridos pela Reforma Trabalhista (Lei nº. 13.467/2017), que admitiam a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades insalubres, em franca reafirmação de que o Supremo Tribunal Federal inadmitte o retrocesso de direitos fundamentais ligados ao núcleo do desenvolvimento da pessoa.

A breve retrospectiva aqui apresentada demonstra a atuação dos poderes constituídos da República na interpretação e efetivação do texto constitucional, abarcando temas sensíveis que têm mobilizado a população brasileira, como aqueles ligados à apuração de atos de corrupção, mas também às tentativas de modernização do Estado brasileiro e flexibilização de direitos, em constante tensão sobre o modelo de organização político social que deve

permeiar as relações entre os cidadãos brasileiros.

Como vimos, representantes eleitos e funcionários estatutários de carreira têm sido responsáveis por interpretar e aplicar decisões que ditam os destinos do país.

Cabe a uma sociedade vigilante e responsável fiscalizar e seus atos e participar ativamente dos processos de mudança em curso. /

O pacote penal que deverá ser desembrulhado em 2020

WAGNER ROBERTO FERREIRA POZZER

/ Originalmente publicado na revista *Consultor Jurídico* /

O ano de 2019 foi marcado por diversas alterações legislativas e jurisprudenciais no âmbito penal e processual penal, que exigirão dos operadores do Direito bastante cautela, especialmente tendo em vista a criação de novos institutos jurídicos.

Ao longo desses últimos doze meses, a comunidade jurídica e a sociedade civil assistiram, atentas, ao embate travado no Supremo Tribunal Federal quanto à execução antecipada da pena – que vedou a prisão (automática) após a confirmação da condenação em segundo grau – bem como o explosivo vazamento das mensagens trocadas por autoridades públicas, obtidas pelo site *The Intercept Brasil*.

No entanto, o maior destaque ocor-

reu no final de dezembro de 2019 com a promulgação da Lei 13.964/2019 – denominada “pacote anticrime” –, cujo projeto teve origem no Ministério da Justiça e Segurança Pública, e instituiu diversas modificações legais, com repercussão em todo ordenamento jurídico.

A adoção – contestada – do juiz de garantias

Dentre as mudanças, destaca-se a criação da figura do “juiz de garantias”, “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais” (art. 3º-B do CPP), com competência para receber, autorizar ou negar todas as iniciativas de investigação policial que afetem os interes-

Destaca-se a criação da figura do “juiz de garantias”, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais

ses do investigado, como quebra do sigilo bancário, colaboração premiada, escuta telefônica, captação ambiental e agente infiltrado.

Encerradas as investigações, os autos são remetidos a outro juiz para a instrução do processo e sentença.

Em outras palavras, para cada iniciativa de investigação criminal – presidida pela autoridade policial ou órgão do Ministério Público – que resulte em processo penal ou não, haverá um juiz de garantia, distinto daquele que promoverá a instrução processual e proferirá sentença.

O trabalho atualmente realizado por único magistrado será exercido por dois, onde um não pode intervir na atividade do outro no mesmo processo.

Ao mesmo tempo em que recebe apoio de entidades como a OAB, em razão de ser garantista de direitos individuais, por outras instituições, como o Ministério Público e Associações de Advogados, a medida é criticada sob o argumento de que, nas

comarcas do interior, por conta do pequeno número de magistrados, a novidade obrigaria a um rodízio de juízes, inclusive impedindo a especialização.

Além disso, os críticos afirmam que a falta de orçamento e a ausência de regulamentação impendem a adoção imediata do juiz de garantias. Como consequência, não seria razoável entender que, em 30 dias, seja possível implementar o juiz das garantias em sua integralidade, em um país da extensão territorial do Brasil.

A referida Lei – que entrará em vigor no dia 23 de janeiro de 2020 – já é alvo de três ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Partido Trabalhista Nacional (“Podemos”), sem previsão de julgamento.

Alternativa de reparação, proteção a provas e novas garantias

O pacote anticrime também instituiu o artigo 28-A do Código de Processo Penal, que cuida do “acordo de não persecução penal”, por meio do qual o Ministério Público poderá deixar de oferecer a ação penal contra quem, sendo primário, cometeu crime punido com pena inferior a

quatro anos, sem violência ou grave ameaça, desde que o interessado repare o dano ou restitua a coisa à vítima, renuncie voluntariamente aos bens e direitos indicados pelo órgão ministerial e, conforme o caso, preste serviços à comunidade.

O acordo de não persecução penal tem como principal finalidade desafogar o Poder Judiciário e reduzir o número de presos

A análise do acordo de não persecução penal (assim como os de colaboração premiada) é de competência do juiz de garantias (CPP, art. 3º-B, XVII) Não se trata de colaboração premiada, porquanto, não se exige a cooperação para esclarecimento dos fatos ou auxílio em investigações – a simples confissão e o cumprimento das obrigações impostas é o bastante para afastar o processo penal.

O acordo de não persecução penal tem como principal finalidade desafogar o Poder Judiciário e reduzir o número de presos.

No âmbito probatório, a Lei 13.964/2019 estabeleceu a figura da “cadeia

de custódia” consistente, em suma, no procedimento de rastreio e documentação dos vestígios coletados em locais ou em vítimas de crimes, ou seja, desde o reconhecimento daquilo que se presta à caracterização da prova até o seu efetivo descarte.

Ao descrever os atos que integram essa cadeia de custódia, a violação de qualquer um de seus elementos repercutirá, certamente, na inadmissão da prova ou, até mesmo, na sua menor valoração dentro do processo, cuja aplicação somente o tempo, a doutrina e a jurisprudência poderão dimensionar.

Por fim, o pacote anticrime não se limitou a modificar às normas penais ou processuais penais. Também alcançou importantes leis extravagantes, entre elas a Lei de Improbidade Administrativa, que agora prevê, expressamente, a possibilidade de acordo de não persecução civil, bem como vedou a concessão de medidas cautelares (apreensão e bloqueio de bens, prisões ou o recebimento de denúncia ou queixa-crime) apenas com base na palavra do delator.

Desembrulhar o complexo e polêmico “pacote” anticrime será a principal tarefa para todos os operadores do Direito nesse ano que se inicia. /

O que muda no campo tributário em 2020

CLAUDIA ROBERTA DE SOUZA INOUE

/ Originalmente publicado no estadao.com.br /

Temos a nítida sensação de que o ano passou voando. Mas o que temos que ter em mente é que apesar do ano ter acabado, diversos temas tributários discutidos em 2019 certamente continuarão em cena em 2020.

O primeiro grande tema diz respeito à reforma tributária, amplamente discutida e objeto da PEC 110/2019 que tramita pelo Senado Federal e PEC 45/2019 em debate na Câmara dos Deputados.

Ambas visam um sistema tributário mais simplificado, por meio da unificação de diversos tributos, mas que pela nova sistemática apresentada impactaria diversas áreas, em especial a de serviços, além de afetar diretamente a arrecadação de cada um

dos entes federativos. Os Municípios alegam que a unificação implicará o aumento das receitas dos Estados e conseqüentemente perda de suas receitas. E como em 2020 temos eleições Municipais, essa questão do rateio dos tributos certamente será objeto de novos debates.

E por falar em arrecadação, outro tema que foi objeto de grande discussão, mas ainda não definitivamente julgado pelo Poder Judiciário foi o da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Apesar do STF ter decidido em sede de repercussão geral nos autos do RE 574.706/PR pela exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições acima citadas, o julgamento da ques-

tão inerente a qual ICMS poderia ser excluído, se o recolhido ou o destacado na nota fiscal de saída, pautado para dezembro, foi novamente adiado. Ou seja, em 2020 o tema será novamente retomado e, nesse ínterim, muitos contribuintes correm o risco de serem autuados pela Receita Federal do Brasil em razão do entendimento por ela já apresentado por meio de Instrução Normativa nº 1.911 de outubro de 2019, de que a exclusão se aplica apenas em relação ao tributo efetivamente recolhido.

Os Municípios alegam que a unificação tributária implicará o aumento das receitas dos Estados e conseqüentemente perda de suas receitas

Riscos do punitivismo e da insegurança jurídica

Outro tema que repercutirá em 2020 diz respeito ao julgamento do STF pela criminalização do ato praticado pelo contribuinte que de forma contumaz e com dolo de apropriação, declara o ICMS, mas não o recolhe. Há projetos de lei na Câmara para tentar anular os efeitos da decisão do STF para estabelecer que esse entendimento não seja aplicado aos casos de simples inadimplemento.

No ano passado também foi editada a Medida Provisória nº 899 para regulamentar o art. 171 do Código Tributário Nacional sobre a “transação tributária”, possibilitando que alguns contribuintes regularizem sua situação fiscal.

De acordo com a exposição de motivos da MP supracitada, *“a transação na cobrança da dívida ativa da União acarretará redução do estoque desses créditos, limitados àqueles classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, incrementará a arrecadação e esvaziará a prática comprovadamente nociva de criação periódica de parcelamentos especiais, com concessão de prazos e descontos excessivos a todos aqueles que se enquadram na norma (mesmo aqueles com plena capacidade de pagamento integral da dívida)”*, indicando que em 2020 não haverá a instituição de Parcelamento Especial com descontos atrativos.

O STJ decidiu que poderá haver o redirecionamento de execução fiscal na sucessão de empresas quando houver a configuração de grupo econômico de fato e confusão patrimonial, sem necessidade de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Esta desconsideração, inclusive, teve suas hipóteses de reconhecimento alteradas pela Lei da Liberdade Econômica – Lei nº 13.874/2019.

Em 2019 foi editada a Medida Provisória nº 899, possibilitando que alguns contribuintes regularizem sua situação fiscal

Mas como vivemos numa constante insegurança jurídica, consideramos que decisões já anteriormente tomadas possam ser revistas pelos Tribunais Superiores.

É o caso, por exemplo, da questão relativa ao preenchimento dos requisitos para fruição da imunidade tributária, discutido por meio do RE 566.622/RS e ADI 2028. Isto porque, em julgamento retomado no final de 2019, o STF acabou modificando entendimento anterior, reconhecendo também a legitimidade da lei ordinária. Segundo a maioria do Plenário, há necessidade de lei complementar para estabelecer os requisitos materiais para a concessão de imunidade tributária, mas em relação aos requisitos procedimentais, essa normatização pode ser feita via lei ordinária. Isso valida, portanto, a exigência do Certificado de Entida-

de Beneficente de Assistência Social (CEBAS), e afetará diretamente diversas entidades do Terceiro Setor que não o possuem.

Em busca de mais celeridade processual

Por fim, e não menos importante, outro tema avençado em 2019 e que certamente ainda será objeto de apreciação em 2020 diz respeito à já citada Lei da Liberdade Econômica, que em termos tributários inovou ao criar um Comitê para edição de Súmulas da administração federal, que deverão ser observadas pela administração pública, e ampliou a possibilidade de dispensa da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) contestar e recorrer ou desistir de recursos já interpostos, em total consonância com a celeridade processual.

Celeridade que nos remete mais uma vez à sensação de que o ano de 2019 passou voando, mas que os reflexos por ele gerados serão sentidos ao longo do ano que se inicia. /

/ Rubens Naves **/ Santos Jr Advogados**

Avenida Paulista, 2073
Conjunto Nacional / Horsa II / 19º Andar
01311 940 / São Paulo / SP / Brasil
+55 11 3076 3131 / contato@rnsj.com.br
www.rnsj.com.br

