

REVISTA DA ESDM



Staff da Revista da ESDM

Diretora Geral da ESDM: Vanésca Buzelato Prestes

Diretora Editorial (Editora-Chefe): Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

Diretora Institucional: Alexandra Cristina Giacomet Pezzi

Diretoria de Comunicação: Carin Prediger, Márcia Rosa de Lima e André Santos Chaves

Integrantes do Conselho Editorial

Alexandra Cristina Giacomet Pezzi (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Alexandre Salgado Marder (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Aloisio Cristovam dos Santos Junior (Centro Universitário da Bahia - Simões Filho, BA, Brasil)

André Santos Chaves (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Arícia Fernandes (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Arthur Maria Ferreira Neto (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Carlos Augusto Silva (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa (Centro Universitário de Brasília - Brasília, DF, Brasil)

Cintia Estefania Fernandes (Procuradoria Geral do Município de Curitiba - Curitiba, PR, Brasil)

Cláudio Fortunato Michelon Jr. (University of Edinburgh - Escócia)

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira (Procuradoria-Geral do Município - Porto Alegre, RS, Brasil)

Daniela Silva Fontoura de Barcellos (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho (Universidade Federal da Bahia - Salvador, BA, Brasil)

José Sérgio da Silva Cristóvam (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis, SC, Brasil)

Leandro Martins Zanitelli (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Luciôla Maria de Aquino Cabral (Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza - Fortaleza, CE, Brasil)

Luiz Gustavo Levate (Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Luiz Henrique Antunes Alochio (Universidade Federal do Espírito Santo - Vila Velha, ES - Brasil)

Marcelo Sampaio Siqueira (Centro Universitário 7 de Setembro - Fortaleza, CE, Brasil)

Márcia Rosa de Lima (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Márcio Augusto Vasconcelos Diniz (Faculdade de Direito, UFC - Fortaleza, CE, Brasil)

Marco Ruotolo (Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre - Itália)

Maren Guimarães Taborda (Fundação Escola Superior do Ministério Público do RGS - Porto Alegre, RS, Brasil)

Raffaele de Giorgi (Università del Salento - Itália)

Rodrigo Brandão (Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Vanésca Buzelato Prestes (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Vanice Regina Lirio do Valle (Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Vasco Manuel Pereira da Silva (Universidade de Lisboa - Portugal)

Hamilton da Cunha Iribure Júnior (Faculdade de Direito do Sul de Minas - Pouso Alegre, MG, Brasil)

Parceristas

André Santos Chaves (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Cintia Estefania Fernandes (Procuradoria Geral do Município de Curitiba - Curitiba, PR, Brasil)

Daniela Zago Gonçalves da Cunda (Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Fernando de Almeida (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - São Paulo, SP, Brasil)

Luciano Franco Machado Machado (Secretaria Estadual de Educação do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Marcelo Luiz Bezerra Silva (Universidade do Estado do Pará - Belém, PA, Brasil)

Márcia Rosa de Lima (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Maren Guimarães Taborda (Fundação Escola Superior do Ministério Público do RGS - Porto Alegre, RS, Brasil)

Rachel Lopes Queiroz Chacur (Universidade Federal de São Paulo, Unifesp - São Paulo, SP, Brasil)

Vanésca Buzelato Prestes (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Editoração

Amanda Costa Moreira Teixeira

Ficha catalográfica

Revista da ESDM [recurso eletrônico] / Fundação Escola Superior de Direito Municipal – Vol. 10, n. 20 (2024) - .
Porto Alegre: ESDM, 2015 -

Semestral

ISSN online 2595-7589

Editora responsável Cristiane C. Fagundes de Oliveira

1. Direito - Periódicos. 2. Direito Municipal. I. Fundação Escola Superior de Direito Municipal - ESDM. II. Título.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Caroline Silveira Sarmento – CRB10/2240

APRESENTAÇÃO	5
UMA SUPRESSÃO FICTÍCIA? NOTAS SOBRE O ENSINO DE DIREITO NO REINADO DE CARLOS IV	
Manuel Martínez Neira	7
PROPOSTA DE REGULAMENTO E-PRIVACY DA UNIÃO EUROPEIA E INICIATIVA OPEN COMMUNICATIONS: IMPACTOS NA PROTEÇÃO DE DADOS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES	
Daniela Copetti Cravo	30
EM BUSCA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O PAPEL DAS CIDADES: UM ESTUDO SOBRE MAXIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA DA TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA NO MUNICÍPIO DO CABO DE SANTO AGOSTINHO – PE À LUZ DA LEI DO SANEAMENTO LEI N.º 11.445/2007	
Rosa Maria Freitas Nascimento	46
POLÍTICA NACIONAL DE DIREITOS DAS POPULAÇÕES ATINGIDAS POR BARRAGENS: APLICABILIDADE RETROATIVA DA LEI NOS DESASTRES DE MARIANA E BRUMADINHO	
Marcelo Kokke e Júlia Maria Ramalho Lisboa	64
TRANSFORMAÇÃO DIGITAL NO SETOR PÚBLICO: A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO GOVERNO DIGITAL NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS	
Marcio Antonio Pinto de Almeida Filho	77
A ATUAÇÃO DO PROCURADOR MUNICIPAL NO ENFRENTAMENTO DE CRISES CLIMÁTICAS	
Alexsandro Rahbani Aragão Feijó e Ana Beatriz Getelina Sousa	92
MECANISMOS DE CONTROLE INTERNO NO DIÁLOGO COMPETITIVO	
Paula Cintra Fernandes e Vladia Pompeu	110

APRESENTAÇÃO

Nesta nova edição da *Revista da ESDM*, buscamos dar continuidade ao nosso compromisso de impulsionar os estudos no campo do Direito, com foco especial no Direito Público Municipal e áreas afins. Desde 2015, mantemos uma publicação semestral contínua, oferecendo um espaço para o debate acadêmico e a disseminação do conhecimento científico.

Com acesso livre imediato ao seu conteúdo, a Revista adota o princípio de disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público. Qualificada como B3 pela CAPES, ela atesta o rigor e a relevância acadêmica das publicações, nessa forma de classificação ora vigente. Para o próximo ano, com as alterações a serem implementadas pela CAPES, já estamos trabalhando para contínua melhoria do impacto científico da *Revista da ESDM*.

Na edição número 20, contamos com a participação de autores de destaque acadêmico, apresentando sete artigos de procuradores municipais, professores e pesquisadores renomados. A diversidade dos temas contribui para o enriquecimento do debate e fortalece nosso compromisso com a excelência acadêmica e a inovação no campo do Direito Público Municipal.

Abrimos esta edição com o texto “*Uma Supressão Fictícia? Notas Sobre o Ensino de Direito no Reinado de Carlos IV*”, de Manuel Martínez Neira, professor da Universidad Carlos III de Madrid (Espanha), o artigo analisa as reformas nas universidades espanholas nos reinados de Carlos III e Carlos IV. A tradução é de Denis Guilherme Rolla e a revisão de Alfredo de J. Flores, garantindo a integridade e coerência do texto.

Na área de Direito da Tecnologia e Proteção de Dados, destacamos o artigo “*Proposta de Regulamento E-Privacy da União Europeia e Iniciativa Open Communications: Impactos na Proteção de Dados no Setor de Telecomunicações*”, de Daniela Copetti Cravo (RS, Brasil), que examina as principais novidades de propostas regulatórias envolvendo dados pessoais no setor de telecomunicações, com foco nas iniciativas no Reino Unido e na União Europeia.

Em seguida, Rosa Maria Freitas Nascimento, com o texto “*Em Busca do Desenvolvimento Sustentável e o Papel das Cidades: Um Estudo sobre Maximização da Eficiência da Taxa de Limpeza Pública no Município do Cabo de Santo Agostinho – PE À Luz da Lei do Saneamento (Lei N.º 11.445/2007)*”, analisa as inovações da Lei do Saneamento (Lei n.º 11.445/2007, com a redação da Lei 14.026/2020), como a inclusão de PPPs, metas de saneamento e a cobrança da limpeza pública baseada no consumo de água e energia.

No âmbito do Direito Ambiental e dos Direitos Humanos, o artigo “*Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens: Aplicabilidade Retroativa da Lei nos Desastres de Mariana e Brumadinho*”, de Marcelo Kokke e Júlia Maria Ramalho Lisboa (MG, Brasil), examina a aplicação retroativa da Política Nacional de Direitos das Populações

Atingidas por Barragens (PNAB) nos desastres de Mariana e Brumadinho, discutindo como a política pode assegurar indenizações, compensações e a participação das comunidades afetadas, mesmo antes da formalização da legislação.

Marcio Antonio Pinto de Almeida Filho (MA, Brasil) apresenta o artigo “*Transformação Digital no Setor Público: A Possibilidade de Implementação do Governo Digital nos Municípios Brasileiros*”, que examina as implicações da implementação do governo digital nas cidades brasileiras.com ênfase na conexão entre cidades inteligentes e a administração pública digital.

Em seguida, “*A Atuação do Procurador Municipal no Enfrentamento de Crises Climáticas*”, de Alexsandro Rahbani Aragão Feijó e Ana Beatriz Getelina Sousa (MA, Brasil), aborda atuação da Advocacia Pública nos municípios brasileiros, com ênfase nas enchentes históricas que afetaram o Estado do Rio Grande do Sul e várias cidades gaúchas em 2024, destacando o papel dos Procuradores Municipais no enfrentamento dos desafios decorrentes da crise climática.

Por fim, Paula Cintra Fernandes e Vladia Pompeu (CE, Brasil) apresentam “*Mecanismos de Controle Interno no Diálogo Competitivo*”, o artigo realiza uma análise do diálogo competitivo, nova modalidade licitatória introduzida pela Lei nº 14.133/2021. A pesquisa concentra-se nos receios dos agentes públicos e privados durante a primeira fase do diálogo, etapa crucial em que a comunicação entre as partes é fundamental para definir o objeto da futura contratação.

Com a publicação de mais esta edição, esperamos contribuir para a visibilidade e fortalecimento da pesquisa e do desenvolvimento científico, promovendo o diálogo e estabelecendo conexões com o campo do Direito Municipal e áreas afins do Direito Público.

Atualmente, a *Revista da ESDM* está indexada nas seguintes bases de dados, que cooperam na divulgação do material: LATINDEX; Base de dados da Rede Virtual de Bibliotecas Congresso Nacional - RVBI; Sumários de Revistas Brasileiras (Sumários.org); Miguilim. Estaremos reorganizando nossas indexações para o próximo ano, para seguir no objetivo da qualificação com abrangência científica da *Revista da ESDM*.

Nossos agradecimentos aos que contribuíram com mais esta edição. Aos autores que submeteram seus trabalhos e aos pareceristas pela significativa colaboração prestada.

Aos leitores, em nome de todos os autores, desejamos uma boa leitura.

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Diretora Editorial da Revista da ESDM
Procuradora Municipal de Porto Alegre

UMA SUPRESSÃO FICTÍCIA? NOTAS SOBRE O ENSINO DE DIREITO NO REINADO DE CARLOS IV¹

A fictitious suppression? Notes on legal education during the reign of Charles IV of Spain

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito pela Universidade Carlos III de Madrid (Prémio Extraordinário) e doutorado Europeu em História pela Universidade de Valência. Professor emérito de História do Direito na Universidade Carlos III (Madrid, ES). Por prêmios, recebeu o *Open Course Ware Award* (2013) e o *Yerun Open Science Awards* (2021). Página web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=130833>. Orcid: 0000-0003-2572-4366.

Resumo

Seguindo as várias reformas que Carlos III (1759-1788) havia empreendido nas universidades do reino, estas tinham uma nova legislação e novos programas de estudo nos quais os diferentes estudos eram articulados: as matérias, os autores por meio dos quais se estudavam tais matérias, a duração, a colação de grau. Em contraste, o reinado de seu filho Carlos IV (1788-1808) foi interpretado como menos intenso, menos radical, mas talvez apenas na aparência. Muito embora as agitações do momento tenham impedido que muitos projetos vissem à luz, pode-se dizer que o debate que existia naqueles anos era mais decididamente ilustrado e reformista. Em geral, os claustros não estavam mais satisfeitos com as reformas realizadas na década de 1770. Agora as exigências eram claras e apontavam para a redução dos estudos romanistas, um compromisso firme com o direito natural, a expansão do direito pátrio e propostas para o estudo da economia política. No entanto, a visão dominante do período, com relação ao assunto em discussão aqui, foi catalisada pela supressão das cátedras de direito natural e, de alguma maneira, esse evento – em nossa opinião – termina por desfigurar a realidade de um reinado. O início está em uma *Real Orden* datada de 19 de junho de 1794 em Aranjuez. Assim, estamos assistindo à substituição de uma cultura jurídica por outra, a do direito comum pela cultura dos códigos, que mais tarde triunfaria com o liberalismo.

Palavras-chave: Reinado de Carlos IV de Espanha; Reforma curricular; Direito natural; Direito pátrio.

Abstract

Since the different reforms of Carlos III (1759-1788) in the universities of the kingdom of Spain, they have received new legislation and new study programs, with modifications regarding the subjects, the authors through whom such subjects were studied, the duration and graduation. In contrast, the reign of his son Charles IV (1788-1808) has been interpreted as less intense, less radical, but perhaps only in appearance. Even though the turmoil of the moment prevented many projects from coming to light, it can be said that the debate that existed in those years was more decidedly enlightened and reformist. In general, the professors were not satisfied with the reforms carried out in the 1770s. By the end of this century, the demands were clear and pointed to the reduction of Romanist studies, a commitment to natural law, the expansion of national law (“derecho patrio”) and proposals for the study of political economy. However, the dominant view of the period in this regard was catalyzed by the suppression of natural law chairs, which – in our opinion – ends up disfiguring the reality of a reign. The beginning of this process is in a *Real Orden* dated June 19, 1794 in Aranjuez. With this, we see the replacement of one legal culture by another, that of *ius commune* by the culture of codes, which would later triumph with liberalism.

Keywords: Reign of Charles IV of Spain; Curriculum reform; Natural law; National law.

Sumário:

1. Um aparte metodológico: a história da cultura jurídica; 2. A organização dos estudos de direito: continuidade no período carolino e alguns problemas novos; 3. O estudo do direito pátrio; 4. O estudo do direito natural; 5. A defesa da constituição e outras conclusões; 6. Notas; Fontes primárias; Referências

1. UM APARTE METODOLÓGICO: A HISTÓRIA DA CULTURA JURÍDICA

Mais de vinte anos se passaram desde que o professor Tarello publicou o primeiro volume de sua *Storia della cultura giuridica moderna, dedicato a Assolutismo e codificazione del diritto*.² Infelizmente, sua morte impediu a continuação desse trabalho e de outros projetos. O livro reflete toda uma orientação historiográfica que, de alguma forma, tomou forma na revista *Materiali per la storia della cultura giuridica*.

Tarello criticou o que veio a ser conhecido como a burocratização da profissão de historiador, o que infelizmente se tornou comum hoje em dia. Contra isso, ele propôs três antídotos: i) evitar o condicionamento das divisões acadêmicas; ii) assumir os problemas das disciplinas jurídicas, tomando o cuidado com os conceitos e a terminologia; iii) estar muito atento à historiografia não-jurídica. Assim, diz o autor: “Se quisermos evitar aquela interpretação exclusivamente ‘mental’ da doutrina jurídica do século XVII e XVIII, que caracteriza grande parte dos tratados da ‘história da filosofia do direito’ e da ‘história do direito natural’ (para não mencionar as ‘histórias do direito privado’) é bom situar estes três movimentos doutrinários no quadro da evolução da instrução jurídica, e ver este último nas suas correlações com diferentes situações históricas e políticas”.³

Sob essa perspectiva, ainda há muito a ser feito, pois as lacunas em nosso conhecimento são grandes. O próprio livro de Tarello, sem ir mais longe, mostra essas carências. Ao delinear o contexto da evolução do ensino do direito na Idade Moderna, o autor se refere quase que exclusivamente a uma palestra de Coing, que certamente é boa, mas não suficiente.⁴ É verdade que, nos últimos vinte anos, muito foi escrito sobre o assunto, mas ainda precisamos de muitos estudos gráficos para podermos chegar a uma síntese aceitável.

Foi nesse contexto que escrevi sobre Almici; agora espero lançar um pouco mais de luz sobre o direito no final do Antigo Regime e, em particular, sobre seu ensino, que envolve o confronto de seus dois eixos ilustrados: o direito pátrio e o direito natural.⁵

2. A ORGANIZAÇÃO DOS ESTUDOS DE DIREITO: CONTINUIDADE NO PERÍODO CAROLINO E ALGUNS PROBLEMAS NOVOS

Segundo as várias reformas que Carlos III (1759-1788) havia empreendido nas universidades do reino, estas tinham uma nova legislação e novos programas de estudo nos quais os diferentes estudos eram articulados: as matérias, os autores por meio dos quais se estudavam tais matérias, a duração, a colação de grau etc. Como sabemos, uma das pretensões ilustradas era a exigência de novas matérias, especialmente direito natural e direito pátrio. Além de um maior controle sobre a colação de grau, como meio de elevar a qualidade dos estudos.⁶ Entretanto, as realizações desses planos foram desiguais. Em sua maior parte, eles acomodaram o direito pátrio e mantiveram o domínio do direito romano. Somente nos últimos – Granada e Valência – o direito natural apareceu.⁷

Em contraste, o reinado de seu filho Carlos IV (1788-1808) foi interpretado como menos intenso, menos radical, mas talvez apenas na aparência. Muito embora as agitações do momento tenham impedido que muitos projetos vissem à luz, pode-se dizer que o debate que existia naqueles anos era mais decididamente ilustrado e reformista. Em

geral, os claustros não estavam mais satisfeitos com as reformas realizadas na década de 1770. Agora as exigências eram claras e apontavam para a redução dos estudos romanistas, um compromisso firme com o direito natural, a expansão do direito pátrio e propostas para o estudo da economia política. Ademais, alguns dos objetivos de uniformização que existiam sob Carlos III foram alcançados no final do reinado de Carlos IV, com as ordenanças de 1802 e 1807.

No entanto, a visão dominante do período, com relação ao assunto em discussão aqui, foi catalisada pela supressão das cátedras de direito natural e, de alguma maneira, esse evento – em nossa opinião – termina por desfigurar a realidade de um reinado. O início está em uma *Real Orden* datada de 19 de junho de 1794 em Aranjuez.

Nela, argumentava-se que: “alguns homens sábios e zelosos, eclesiásticos e seculares, foram e são da opinião de que as cátedras de direito natural e das gentes estabelecidas em algumas universidades, nos *Estudios Reales de San Isidro* e no *Seminario de Nobles* são extremamente perigosas e ainda mais nas circunstâncias atuais, pois, embora o propósito a que se destinam tenha sido considerado útil quando foram criadas, a experiência tem ensinado que elas trazem consigo o risco quase inevitável de que a juventude imbuída de princípios contrários à nossa constituição venha a deduzir consequências perniciosas que podem se espalhar e produzir uma desordem no modo de pensar da nação”.⁸

Em vista dessas considerações, o monarca achou conveniente a sua supressão, mas, antes de ordenar tal supressão, pediu ao *Consejo de Castilla* – de maneira muito reservada – um parecer sobre o modo de realizá-la, de forma que no próximo curso não houvesse continuação do ensino público de direito natural e que isso não viesse trazer inquietação ao “público literato”.

Para esse Conselho, o erro foi não formar, na época, um tratado elementar sobre direito natural “adaptado à nossa constituição. O dano resultou de valer-se de autores estrangeiros”.⁹ E remete a um autor anônimo sobre o livro de Juan Bautista Almici, no qual foram descritos todos os “excessos” cometidos sob o pretexto do estudo do direito natural formulado em Almici.¹⁰ De acordo com esse autor anônimo, o Almici nada mais era que uma cópia de Heineccius, mas muito mais perigosa, pois se apresentava como doutrina católica. O escrito se centrava na análise desses “perigos”: a doutrina do pacto social; os tipos de governo; os tributos.... Não se tratava de perigos teóricos, já que algumas teses realizadas em 1790 e 1791 nos *Estudios de San Isidro* haviam mantido posições sobre o assunto que foram consideradas inadmissíveis.

Em relação ao primeiro tema, o pacto social, Almici apontou que “as cidades e as repúblicas são formadas por meio de um pacto. E como esse pacto é absoluto e livre, segue-se claramente que aquele que não consente com ele vive fora da sociedade”. Essa doutrina havia aparecido nas teses já mencionadas de 1790 e 1791, que provocaram a intervenção da Inquisição, pois “um homem que aprende no direito natural que a autoridade real reside principalmente no povo, que o rei é apenas um depositário dessa autoridade, que o povo pode recuperá-la quando esteja insatisfeito com a conduta de seu rei e julga que ele não cumpre as condições em que foi conferida tal autoridade, será estranho que com tais ideias

se despreze o mais sagrado no que se refere ao trono e queira se tornar superior ao seu monarca, como a Assembleia da França?”.

Quanto ao segundo, o tipo de governo, Almici “elogia o governo inglês com excessivo louvor, porque une aristocracia e democracia ao governo monárquico”: “o reino floridíssimo da Inglaterra pode ser um exemplo de semelhante império, no qual, ressaltando as prerrogativas do rei sobre guerra e paz, nem novas leis são estabelecidas, nem novas obras ou tributos são determinados, exceto em juntas do reino que são chamadas de parlamentos. Esse é o exemplo dado pela admirável república dos ingleses, que, composta de modo inefável, soube associar a monarquia do rei, a aristocracia dos parlamentos e a democracia do povo. Com tão boa e formosa mescla está constituída”.

Por isso, o autor temia que “um jovem, senhor, que aprende essa doutrina e vê pintada nela com tão excessivo elogio a constituição inglesa, que avaliação fará da constituição de nosso reino, estabelecida com um governo diferente? Não seria normal que, imbuído desses princípios que acredita que sejam de direito natural, se um dia tiver a oportunidade de desgostar de nossa constituição, pretenda derrubá-la aspirando a aquela?”

Em terceiro lugar, com relação aos tributos, Almici assinala que estes “competem ao rei somente, quando a utilidade e o bem da república o exigem; segue-se daí que o príncipe não tem direito a estes, quando se trata de sua privada comodidade, lucro ou entretenimento”. E o autor anônimo dizia que “com esta doutrina, excelentíssimo senhor, já se conhece o juízo que um incauto jovem formará da obrigação de pagar tributos, quando venha a apreender no direito natural que somente são devidos aqueles que são precisos e necessários para a utilidade comum, sem atender à comodidade particular do soberano. E também é conhecida a liberdade que se tomará para ordenar as despesas do rei, moderar sua família e calcular sua manutenção, como entendo que já se verificou em certas teses ou conclusões de San Isidro, que no dito último ano de 90 ou 91 proibiu o santo ofício e recolheu com prudente sigilo”.¹¹

Por tudo isso, concluiu o escrito dizendo que “com esse direito natural, os fundamentos da constituição de nosso reino estão sendo surdamente minados, e que se esse perigo não for prontamente evitado, é de se temer que não demorará muito para que essa mina transborde, mergulhando-nos na desolação da França, que, seguindo os mesmos princípios, incorreu nela”. Portanto, propôs suprimir essas cátedras e continuar com o ensino da cátedra de ética, na qual se pode “aprender um direito natural que seja compatível com o Estado e com a religião”, ou seja, “aqueles princípios de direito natural que são conformes à revelação divina e que devem ser ensinados aos jovens para que possam aprender a respeitar e obedecer as legítimas potestades, sem expô-los aos desvarios em que se precipita esse direito natural, ensinando-os a julgar, limitar e calcular as obrigações e as faculdades de seus superiores, enquanto ignoram as próprias”.

Em suma, o direito natural minava os fundamentos do absolutismo, que eram considerados a constituição do reino, e em reação a isso, foi propor a supressão dessas cátedras e a manutenção do ensino das cátedras de ética, nas quais se poderia apreender um direito natural conveniente ao Estado e à religião.¹²

Em vista disso, em San Ildefonso, em 31 de julho, o monarca comunicou ao Conselho uma *Real Orden* na qual, considerando “como justas as razões que lhe foram apresentadas por alguns ministros de sua maior confiança, e outras pessoas de acreditada probidade, prudência e doutrina, resolveu suprimir em todas as universidades e em todos os seminários e estudos as cátedras que modernamente foram estabelecidas em direito público, direito natural e direito das gentes, e o ensino destas matérias em que, mesmo não havendo cátedra, tenha-se ensinado em outra cadeira”.¹³ Nesse sentido, instava o Conselho a que desse ordens pertinentes às distintas universidades do reino.

No que diz respeito à Universidade de Valência, foi comunicado diretamente a Eugenio de Llaguno o término do referido ensino e se pediu que explicasse se considerava útil que a cátedra e o cargo de catedrático continuassem a existir, mudando seu nome e disciplina. A supressão também foi comunicada diretamente aos *Estudios Reales de San Isidro e ao Seminario de Nobles*, sem dar outro destino a essas cátedras.

Para o restante das universidades, seminários e estudos do reino, o Conselho concordou, em 5 de agosto, em comunicar as ordens correspondentes, bem como enviar uma cópia ao cartório [*“escribanía”*] do governo da Coroa de Aragón para as universidades e seminários em seu território.

Com data de 12 de agosto, foi ordenado que “imediatamente e antes do início do próximo curso, a supressão das cátedras mencionadas deve ser realizada e o ensino dos direitos mencionados deve cessar imediatamente”.¹⁴ A *Real Orden* foi enviada, por um lado, aos reitores e claustros e, por outro, aos bispos, pedindo-lhes que acusassem o recebimento imediatamente e que, a seu momento, dessem conta de sua execução.¹⁵

A partir das respostas das universidades e dos seminários, já podemos deduzir algumas coisas, que serão detalhadas mais adiante. Em geral, as universidades indicaram que não havia nenhuma cadeira de direito natural. Outras, mais agudas, disseram que não havia tal ensino, respondendo assim melhor ao demandado pelo Conselho. Em outras, o ensino do direito natural é inferido pela afirmação de que a proibição foi indicada aos professores de teologia e filosofia, como em Baeza, ou aos professores de direito civil, no caso de Sevilha. Finalmente, a Universidade de Oñate comunicou a supressão da cadeira de “direito público”^{16 17(a)} e a proibição de seu ensino.

Algo semelhante aconteceu nos seminários, com exceção do seminário de Cuenca, que informou a existência de uma cadeira de filosofia moral, e do seminário de Murcia, que tinha uma cátedra de direito público, natural e das gentes, segundo o plano de estudos aprovado pelo Conselho.

É precisamente na resposta de Cuenca que, em nossa opinião, está a chave do problema: a filosofia moral. Se o estudo de direito natural foi abolido, a filosofia moral também deveria ser abolida? O corpo docente de Alcalá, em 1789, não argumentou que não era necessário estudar o direito natural em suas salas de aula porque já tinham a filosofia moral que tratava do mesmo conteúdo?¹⁸

O fato é que, em 18 de setembro do mesmo ano, 1794, o Conselho, na primeira seção (*“sala”*) do governo, emitiu um decreto para que as universidades do reino informassem sobre

a necessidade da filosofia moral como requisito indispensável para a matrícula na “faculdade de direitos”, como havia sido imposto nos últimos currículos; se esse estudo poderia ser permitido em qualquer convento, faculdade ou casa, havendo depois o exame pelas universidades; e se poderia ser cursado no mesmo ano que a lógica. Também perguntou sobre as cátedras que cada universidade tinha para o estudo do direito pátrio; a utilidade do estudo desse direito; qual era o melhor método para o seu estudo; e quais autores ou livros eram os mais úteis.¹⁹

Em 25 de setembro, os diretores das universidades de Salamanca, Valladolid, Alcalá, Santiago, Sevilha, Cervera, Zaragoza, Orihuela e Huesca foram comunicados. E começaram a ser formados expedientes separados com as respostas que chegaram: Valladolid, Zaragoza, Santiago e Sevilha.²⁰

Essas medidas foram completadas em fevereiro de 1796, com uma petição a todas as universidades do reino, para que enviassem ao Conselho uma lista das cátedras que tinham e dos autores mediante os quais se estudava.²¹

Doze anos depois,²² em 17 de novembro de 1806, o Conselho na primeira seção [“sala”] do governo concordou em solicitar novamente o relatório às universidades que não o haviam feito: Salamanca, Alcalá, Orihuela e Huesca. Também foi acordado que se comunicasse a mesma ordem às universidades de Oviedo, Granada, Osma e Oñate, o que foi feito em 10 de dezembro de 1806.

Naquele mesmo ano, em 17 de dezembro, o Conselho concordou “que o grau de *bachiller*^{23(b)} em artes viria a complementar o curso de filosofia moral, que agora é exigido separadamente para ingressar no estudo da *jurisprudencia*,^{24(c)} sem prejuízo de que, para aqueles que não viessem a fazer a acreditação quanto ao recebimento do grau, tenham que apresentar certificação do ano de filosofia moral separadamente de todos os outros estudos, como até o presente”.²⁵ O motivo, dizia-se, estava na existência de vários recursos apresentados ao rei por alguns estudantes de *jurisprudencia* que, por serem bachilleres em filosofia, eram obrigados “a estudar filosofia moral antes de ingressar na carreira de *Leyes*”.²⁶ Para tomar essa decisão, argumentou-se que o grau de *bachiller* em filosofia implicava na instrução necessária nos graduados da parte moral necessária para empreender o estudo dos direitos e, como na continuação dessas faculdades superiores, o conhecimento desses princípios deveria ser aperfeiçoado, não parecia necessário cursar essa disciplina. Portanto, qualquer pessoa que atestasse ter “se submetido a um exame em todas as partes da filosofia, sendo uma delas a moral, não parece conveniente exigir um ano dedicado apenas a esta última, a qual pode ser estudada bastante brevemente e com muita facilidade, em conjunto com outro ramo”.

O que sempre ficou claro foi a necessidade de algumas noções de ética para realizar o estudo da *jurisprudencia*.

Não vamos entrar diretamente nas reformas²⁷ de 1802 e 1807, pois já existem estudos neste sentido. No restante deste artigo, procederemos a uma análise dos relatórios enviados pelas distintas universidades em relação ao Decreto de 18 de setembro de 1794. Esse material nos permite analisar alguns aspectos sobre o ensino do direito pátrio e do direito natural, que não são dois aspectos isolados, mas sim a *vía ilustrada* da instrução jurídica.²⁸

3. O ESTUDO DO DIREITO PÁTRIO

Antes de analisar os relatórios das universidades quanto ao direito pátrio, consideramos necessário centrar na controvérsia que se desenvolveu a tal respeito durante todo o século XVIII, pois, em nossa opinião, frequentemente não foi bem interpretada.

Tudo parece se originar, pelo menos em parte, de uma proposta que o procurador-geral [*fiscal general*] da monarquia, Melchor de Macanaz, apresentou ao Conselho em 1713 sobre o ensino do direito pátrio nas universidades.²⁹ Em uma carta acordada, datada de 29 de novembro de 1713 em Madri, o Conselho declarou que “deteve-se para considerar quanto se atende nas universidades desses reinos a somente ensinar o direito comum dos romanos, que, embora em outras épocas as leis do reino tenham sido lidas desde tal direito, agora se vê com desprezo”. E comunica às universidades *mayores* que nas cátedras estabelecidas “nas quais há apenas permissão por lei para ler nestas o direito comum, deve-se designar, principalmente a partir de agora, para ler nestas aquelas leis pelas quais se devem determinar os pleitos nesses reinos, a fim de que a juventude se instrua nelas e desde o princípio lhes cobre afecção”. Pedindo às referidas universidades que informem “sobre a forma e o modo com que se possa estabelecer e praticar nessa universidade esta nova atribuição, que é tão conveniente”.

O relatório de Alcalá é claro e eloquente.³⁰ Além das queixas sobre as dificuldades econômicas, recorda que as constituições reformadas expressam as matérias que se devem ler,³¹ que são as canônicas e romanas, o que sempre foi feito “sem omitir a explicação e a exposição de todas aquelas leis do reino que, por serem concordantes ou contrárias, têm relação com as matérias assinaladas”. Leis que são conhecidas, uma vez que “as cátedras não são desejadas como um fim, mas como um meio mais proporcionado de sair para servir a Vossa Majestade nos Conselhos, Chancelarias e Audiências, e os catedráticos não podem ignorar que, pela lei 2^a de Toro, que é a 4, título 1, do livro 2 da *Recopilación*, é ordenado que ninguém possa chegar a ocupar cargo de administração da justiça sem que primeiro tenha visto e passado pelas leis desses reinos”.

O que o claustro de Alcalá não considera adequado são as leituras das leis do reino. Se estas forem feitas antes do grau de *bachiller*, os inconvenientes são muitos: acumulação excessiva de matéria, já que não se deve prescindir dos direitos romano e canônico, e o direito pátrio deve ser acrescentado; falta de preparação, pois, sem conhecer suficientemente os princípios de ambas as *jurisprudencias*, não se pode compreender bem o sentido das leis do reino; o interesse seria desviado para algo mais fácil, ou seja as leis pátrias, em detrimento do direito comum dos romanos, em que pese a sua necessidade, pois “aquele que for bem versado neste, com pouco trabalho poderá se tornar um grande prático em qualquer província, mas aquele que não for suficientemente instruído, por mais que se afane e trabalhe nas leis do reino, não poderá entender desde a raiz”.

Se, por outro lado, essas leituras fossem feitas após o grau de *bachiller*, durante os anos de estágio, os inconvenientes não desapareceriam: aquele que já é mestre não parece adequado que seja também cursante; aquele que tem de explicar os quatro livros da *Instituta* e tem quatro presidências, não parece que tenha tempo para cursar o direito pátrio;

además, aproveita mais a liberdade de assistir aos estudos de advogados, o que não é compatível com a obrigação de cursar; finalmente, aqueles que permanecem na universidade após a obtenção do grau de *bachiller* eram os menos.

Por esse motivo, consideraram que a tradição, que nunca havia designado essas leituras, não deveria ser modificada. Mas, se o monarca achasse conveniente, ele também teria que dotar novas cátedras, nas quais o método dos doutores Gonzalo Suárez de Paz e Antonio Pichardo teria que ser seguido – no quinto e último curso para o grau de *bachiller*.

Depois de 1713, os requerimentos³² para o ensino do direito pátrio foram repetidos em 1741, e depois em 1770 e 1779. Em 1741, ficou mais claro que se tratava de “ler, com o direito romano, as leis do reino correspondentes à matéria que se estava explicando”. Ou seja, o que, de acordo com o registro de Alcalá de 1713, sempre foi feito.

Há muitos outros testemunhos, mas parece que o que vimos é suficiente para tentar dar uma resposta à pergunta fundamental: o que significam essas ordens do Conselho e as respostas das universidades? Desde nosso ponto de vista, temos que começar refletindo sobre o momento em que estas ocorreram: o século XVIII, um século de crise do sistema de direito comum, de decadência universitária e do auge do regalismo. E essa é a raiz da polêmica.^{33 34(d)}

Nesse momento de crise – de substituição do sistema de direito comum pelo sistema de códigos e constituições – os políticos ilustrados, herdeiros do *usus modernus pandectarum*, quiseram impor, não sem interesses regalistas, a supremacia do direito real, mas sem perceber (ou sem querer fazê-lo) que este direito real fazia parte de um mundo jurídico mais amplo – o do direito comum, no qual havia nascido e se desenvolvido – de onde ainda o necessitaria. Em Castela, não se produzira uma codificação ilustrada que, com seus princípios gerais, fosse capaz de banir o assim chamado *romanismo*.

Por outro lado, é possível que o nível de decadência a que a universidade havia chegado tenha tornado mais urgente a crítica, que se concentrou nesse aspecto, devido ao seu interesse político, mas que foi mais profunda. Quando se fala em “restabelecer a leitura e a explicação das leis reais”,³⁵ quando se propõe expor “as leis pátrias pertencentes ao título, matéria ou parágrafo da leitura diária, tanto concordantes como contrárias, modificadoras ou derogatórias”, está-se apenas aludindo a uma prática que era comum pelo menos na universidade de Salamanca no século XVI.

Em outras palavras, estamos aludindo a uma experiência na qual não havia confronto entre o direito real ou singular e o direito comum, mas ambos formavam uma unidade.³⁶ No entanto, no século XVIII, as coisas mudaram: o absolutismo quis se libertar de uma tradição decadente que o limitava, de onde tentou, dentro do sistema do direito comum, acentuar seu poder, priorizando de alguma maneira sua vontade normativa sobre a doutrina dos juristas. Isso só poderia ser alcançado com os códigos: o estudo do direito natural e do direito pátrio eram premissas necessárias para levar a cabo uma codificação.

Como sabemos, nas reformas de Carlos III se instauraram cátedras de direito pátrio – as *Leyes de Toro* e a *Recopilación*, acima de tudo – muito embora se mantivesse um

predomínio romanista. Assim, chegamos a 1794 e às perguntas feitas pelo Conselho: Quais eram as cátedras que tinha cada universidade para o estudo do direito pátrio? Qual era a utilidade do estudo desse direito? Qual era o melhor método para seu estudo? Quais eram os autores ou livros que seriam mais úteis?

Tomemos como base o claustro reformista de Valladolid. Nessa universidade – conforme estabelecido no plano de Carlos III – havia duas cátedras, a de *Prima* e a de *Visperas*, dedicadas à *Recopilación* e às *Leyes de Toro*. Ambas as cátedras eram posteriores à colação de grau de *bachiller*, o que significava que não eram “de assistência precisa e rigorosa”. De modo que “não recebendo os jovens, antes do grau de *bachiller*, mais ideias do direito pátrio que as dos catedráticos – ajudados, agora nesse ponto, pelos trabalhos e notas de Don Juan de Sala – estarão semeando entre títulos e matérias correspondentes do direito romano; por conseguinte, não havendo formado ainda esses jovens um juízo exato do todo e das partes de nosso direito real, não tendo, por outro lado, a obrigação de assistir a ditas duas cátedras, entram com pouca formação na [parte] teórica de nossas leis para fazer seu estágio de quatro anos de prática, que cultivam sem ordem, sem princípios suficientes e sem o fruto que se deve esperar de tantos anos que seriam melhor distribuídos e mais bem empregados”.³⁷

O claustro estava convencido “de que seria mais vantajoso e seria incomparavelmente de maior utilidade fazer com que os jovens se dedicassem ao estudo de nossas próprias leis e do direito pátrio diretamente por um número maior de anos e antes do grau de *bachiller*, reduzindo a menos o número daqueles que estudam o direito romano, cujos códigos são reconhecidos um a um nas cátedras com pouquíssima utilidade para a maioria dos que as concorrem”. Pelo que propõem “limitar o estudo da *jurisprudencia* romana ao prazo preciso de dois anos, pois estudando a juventude no primeiro ano as Instituições ou elementos do direito civil de Heineccius, fazendo com que tenham presente as antiguidades romanas do mesmo autor nos títulos correspondentes das instituições e estudando no segundo ano a obra do mesmo autor sobre o Digesto, viria a adquirir seguramente toda a instrução elementar necessária para a matéria de *jurisprudencia* que se deve tomar sobre o direito pátrio, que é o fim para que se faz o estudo daquela *jurisprudencia* estranha”.³⁸

Após esses dois anos dedicados ao direito romano, “no terceiro ano, o claustro julga que o estudo do direito real deveria começar de pleno e não na forma de notas e concordâncias, cuidando para que a juventude se acostume o mais cedo possível a manusear nossos códigos, com preferência ante os de Justiniano, do que a maior parte dos professores mal volta a recordar depois. Convém para este ano uma obra na qual se recorresse com ordem e exatidão, ainda que só elementarmente, todas as matérias contenciosas e não-contenciosas de nossa legislação, a fim de que se pudesse estudar no quarto ano com maior conhecimento e utilidade a legislação que se dirige a ordenar os juízos e processos civis e criminais, sobre as primeiras daquelas matérias. Mas, infelizmente para nós, não se viu até o momento uma obra que preencha essa indicação, embora alguns tenham tentado fazer isso. O claustro atribui essa falta principalmente ao fato de não haver um estabelecimento em que seja inescusável uma obra dessa natureza para a instrução pública. Assim, acredita-se que, tão logo se estabeleça esta distribuição e método que vem indicados para o ensino da *juris-*

prudencia civil, será possível ver surgir trabalhos valiosos que hoje ou não são realizados ou não são publicados por falta de propósito e dúvidas quanto à sua aceitação. Entretanto, a que o claustro julga mais adaptável à matéria deste terceiro ano são as Instituições de direito civil de Castela dos doutores Aso e Manuel, as quais, no caso de serem aprovadas pelo conselho supremo, o claustro providenciará para que sejam melhoradas e aperfeiçoadas, se não se formarem outras mais completas e acomodadas”.

Para o quarto ano, o claustro “colocou seus olhos nas sólidas *Instituciones prácticas de los juicios civiles de el señor conde de la Cañada*”, juntamente com as criminais. Ao final dos quatro anos, dois anos de direito romano e dois anos de direito pátrio, seria realizado o exame para o grau de *bachiller*.

O claustro solicitou que o quinto e o sexto anos – dedicados à *Recopilación* e às Leis de Toro – fossem considerados obrigatórios para todos aqueles que obtivessem o recebimento como advogado [“*recibimiento de abogado*”], pois, do contrário, fugir-se-ia dessas cátedras “que exigem maior reflexão, mais aplicação e estudo do que os estágios de prática meramente formulários em sua maioria”. De forma que seriam computados como dois dos quatro anos de prática exigidos, pois assim os estudantes adiantariam “mais nos dois anos restantes de prática que agora nos quatro”.

Em suma, Valladolid estava claramente comprometido com a primazia do direito pátrio: uma clara redução do romanismo na formação de juristas, que foi concebida como uma introdução ao direito pátrio; a exigência de estudar o direito pátrio – por meio das Instituições de direito civil de Castela e dos juízos – para o grau de *bachiller*; a obrigação de estudar um quinto e um sexto anos antes dos anos necessários de prática. Em outras palavras, em 1794, esse claustro propôs o que seria o núcleo das reformas de Caballero de 1802 e, acima de tudo, de 1807.

Mas, qual foi a opinião das outras universidades consultadas? Teremos de distinguir entre os relatórios emitidos antes de 1802 e os emitidos depois, pois, como sabemos, nessa data foi aprovado um novo plano que estabeleceu o estudo do direito pátrio em todas as universidades.

Em termos cronológicos, temos primeiro o relatório da Universidade de Zaragoza.³⁹ Com base nele, sabemos que naquela universidade não havia “cátedra alguma que fosse estabelecida para o estudo do direito pátrio”. Tinha quatro cátedras de direito civil: *Instituta*, *Código*, *Vísperas* e *Prima*. Em duas delas, a *Instituta* era explicada pelos comentários de Vinnius. Na de *Código*, explicavam-se “os títulos do de Justiniano, tendo para isso o catedrático que as preleções de Antonio Pérez estão presentes. E na *Prima*, os elementos do direito civil são explicados, segundo a ordem das Pandectas, compostas por Heineccius. Os catedráticos omitiram os títulos que tratam precisamente de solenidades, sutilezas e outras coisas que não têm analogia com nossa *jurisprudencia*”.

Todas essas cátedras tratavam das “leis reais e municipais deste reino”. Mas se sentia falta de um compêndio para o ensino do direito real, que, bem em uma cátedra ou de outra maneira, permitiria uma melhor aprendizagem desta matéria.

Em Santiago havia seis cátedras⁴⁰ Duas de *Instituta*, nas quais se ensinavam os comentários de Vinnius com “o direito de Espanha que trazem as últimas edições do autor” e outras, “em concordância com a matéria que se explica”. A terceira cátedra, a de *Digesto*, pelo Heineccius, com “as diferenças ou concordâncias do direito real, sem omitir as noções de sua prática”. A quarta, a de *Código*, de Wesembecius, em que os nove primeiros livros eram explicados em relação ao “nosso direito”. Na quinta cátedra – após o grau de *bachiller* – de direito público, a *Recopilación* era ensinada por meio de apontamento. Na última, de *Prima*, era dedicado às Leis de Toro, comentadas por Gómez.

O plano é qualificado como ótimo pelo claustro.⁴¹ Pelo menos até que haja um compêndio de direito pátrio, em que se teria de incluir uma preliminar “sobre a história dos direitos de Roma e da Espanha”. De maneira que se atribua uma função propedêutica a essa disciplina.

A Universidade de Sevilha não tinha uma cátedra para o estudo do direito pátrio.⁴² Havia quatro cátedras de direito romano, que eram ensinadas pelos comentários de Vinnius com notas sobre direito pátrio. Estima conveniente que a de *Volumen* fosse dedicada ao direito do reino, impondo a todos os estudantes a obrigação de cursá-la no último ano, dos quatro anos do *bachiller*. Enquanto não houvesse uma obra melhor, estima se poderia utilizar o livro^{43(e)} de Asso e Manuel.

Os outros relatórios que temos são todos de 1807, quando o plano de 1802 já estava em vigor.⁴⁴ A Universidade de Orihuela confirma que esse plano foi respeitado, com os alunos fazendo grande uso dele.⁴⁵

A Universidade de Osma disse que tinha apenas uma cadeira para o estudo e ensino do direito pátrio, chamada de *Prima*, na qual, de acordo com a Ordem de 24 de novembro de 1804, “por uma hora e meia pela manhã e por outro tanto à tarde em um curso a *Novíssima Recopilación*, as Instituições de Castela, as Leis de Toro pelo mestre Antonio Gómez e a *Curia filipica*, repetindo o mesmo no ano seguinte com a outra metade da *Recopilación* porque o estudo desta deve ser feito em dois anos, e é certo que deste estudo se conhece a utilidade e vantagem”.⁴⁶ Os livros utilizados são os indicados no plano de 1802, com as modificações da *Real Cédula* de 2 de julho de 1805 e da Ordem de 28 de dezembro de 1806, em que se substituiu Asso e Manuel pelas *Partidas*.

A Universidade de Huesca, em um relatório muito extenso, comunicou que contava com duas cátedras de direito pátrio, de acordo com o plano de 1802, nas quais se ensinava, de acordo com as modificações da *Real Cédula* de 15 de julho de 1806 e da *Real Orden* de 15 de dezembro do mesmo ano.⁴⁷ O claustro, então, continua a declarar sua opinião sobre esse ensino.

O que ele expressou foi a necessidade de um livro elementar para o estudo dos princípios e fundamentos da *jurisprudencia* pátria, ou seja, o que Justiniano fez – segundo ele – com a *Instituta* em relação ao direito romano.

A realidade do direito pátrio, composto por uma infinidade de leis e livros – além de práticas e costumes não incluídos em nenhum corpo legal – de épocas históricas muito

diferentes, tornou necessário ordená-los, distinguindo os vivos dos mortos, começando com o *Fuero Juzgo* e terminando com a *Novísima Recopilación*.⁴⁸ A finalidade desse estudo seria reunir “em cada assunto, com a devida ordem e com a maior precisão possível, as muitas espécies que estão dispersas em tantos volumes e fora deles”. Isso mostra as limitações da *Novísima Recopilación* e talvez seja um compromisso com os códigos que estavam sendo feitos em outros países europeus.

O livro que poderia ser usado para esse fim era o de Asso e Manuel, que o professor Joaquín María Palacios, daquela universidade, havia consideravelmente corrigido, de acordo com as disposições do plano de 1802, e que havia merecido o aplauso do *Diario de Madrid* e a aceitação de Godoy.

Posteriormente, ele estudaria a lei patriótica seguindo as *Partidas* e a *Novísima Recopilación*. No entanto, como há muitos assuntos regulados pelo direito canônico (benefícios eclesiásticos, capelanias, patrocínios, décimos, casamento...) e as leis reais às vezes pressupõem o direito canônico, foi decidido que dois anos deveriam ser dedicados ao estudo do direito canônico.

Terminaram propondo um estudo histórico das matérias, desde suas primeiras regulações até o do momento, para as instituições, com exames diários; depois o estudo da *Curia filipica*, e da *Novísima e Partidas*, fazendo também aqui uma análise da evolução histórica dos diferentes corpos, para assim concluir com o que se observa.

Em suma, há um claro compromisso com o estudo do direito pátrio, que deve ser realizado a partir de “instituições” e de forma autônoma. Tratava-se de uma manifestação do regalismo, que pressupunha toda uma tarefa de ordenação de materiais, auxiliada pela ciência do direito natural, que ajudaria a encontrar os pressupostos e os princípios de uma nova ordem jurídica.

4. O ESTUDO DO DIREITO NATURAL

No reinado de Carlos III, foi feita uma tentativa de priorizar o estudo do direito natural por meio de um centro, os *Reales Estudios de San Isidro*, e um autor, Almici. De fato, além do ensino existente dessa *jurisprudencia* em algumas universidades e seminários, o monarca, em uma *Real Orden* de 20 de julho de 1787, ordenou que todas as universidades do reino aceitassem os cursos literários obtidos nos *Estudios* de Madri.⁴⁹ De acordo com a ordem, o objetivo era “incentivar um número maior de discípulos a frequentar os cursos estabelecidos nos *Reales Estudios* de Madri e fomentar o avanço da instrução pública”. Embora, desde o início, a instrução pública em geral seja mencionada, imediatamente se concretiza um interesse particular: “ninguém duvida que o direito natural não apenas facilita e prepara o entendimento para o estudo do direito civil, senão que ainda é considerado como a parte mais nobre deste. Pois o direito civil e até mesmo o direito canônico, e todos os demais pelos quais as sociedades são regidas, têm por base a equidade natural, da qual, porque ditada aos homens pelo infalível autor da natureza, não podem se apartar sem cair em perniciosos erros ou desvios. Com esse objetivo em vista, o direito natural, reduzido a um sistema pelos mais ilustres estudiosos do século passado, estabelece os primeiros princípios e fundamentos de todas as matérias tratadas nos demais direitos, tais como aquelas relativas às várias

espécies de domínios e direitos, contratos, sucessões, delitos e penas etc. E ainda que o direito natural esteja certamente mais intimamente conectado com o civil, não carece de ter bastante conexão com o direito canônico, porque muitos dos assuntos próprios do primeiro são ventilados no segundo, e por essa mesma razão, em todos os *Estudios generales* bem ordenados, o estudo das instituições civis sempre precede o das canônicas, pois os princípios destas não podem ser bem compreendidos sem a orientação ou luzes daquelas. Muito poderia ser facilmente dito em prova dessa verdade, mas nos parece que basta o afirmado para demonstrar que, aos jovens – depois de terem estudado bem a lógica e a ética, adquirindo um curso completo de direito natural nesses *Reales Estudios* – devem ser admitidos, de forma algo promíscua, nas universidades em que se apresentam, com a certificação correspondente e o exame precedente por um dos de direito, civil ou canônico, de acordo com o que convém a seus desígnios posteriores”.

Assim, foi ordenado que “todo o curso da cátedra de direito natural e das gentes, dos citados *Reales Estudios* acima mencionados, deveria valer e ser considerado por um ano de prática, dos quatro exigidos para o exame e recebimento como advogado, de onde subsiste igualmente a disposição acordada pelo Conselho no decreto de 4 de dezembro de 1780 de que não será admitido nenhum candidato ao exame para a advocacia que, após o grau de *bachiller* em *Leyes*, tenha praticado em Madri sem apresentar certificação do catedrático de direito natural e das gentes, dos referidos *Reales Estudios*, em que resulte ter assistido todo o curso de um ano de ensino”.

Ou seja, esses *Estudios* foram um ponto central na difusão da ideologia iluminista, também com relação ao direito natural. Posteriormente, “os jovens que, a partir desses estudos, acudiram a elas para professar as ciências principais [*mayores*] de teologia, ambos os direitos, e medicina, levarão todas as ideias e a preparação necessárias para se destacarem e progredirem rapidamente nelas, o que certamente foi o principal objetivo de Sua Majestade ao expedir o *Real Decreto* de renovando desses *Reales Estudios* de 19 de janeiro de 1770, posto que, em seu exórdio, dignou-se dizer: “que seu real ânimo era atender em primeiro lugar àqueles estudos que servem de fundamento para toda erudição e ciência”.

Deste modo, conforme explicado no início, veio a supressão destas cátedras... Mas, como se disse antes, a chave do problema estava na filosofia moral: então, deveria também ser suprimida?

Essa foi precisamente a pergunta que, na sequência, o Conselho formulou às universidades: era essencial continuar com seu estudo? E, em caso afirmativo: isso poderia ser feito no mesmo ano de lógica? E ainda, poderia ser realizado esse estudo em qualquer convento, faculdade ou casa, ainda que fossem examinados posteriormente pelas universidades? Em nossa opinião, essa abordagem é a chave para a leitura de todo esse sucedido ilustrado.⁵⁰

Valladolid era da opinião que seu estudo era indispensável “porque é o principal fundamento do estudo sólido de ambas as *jurisprudencias*”. Pois “durante o estudo das quais se supõe e não se dá o conhecimento da natureza dos atos humanos e de seus fins; da influência que a coação, a ignorância e o erro têm sobre eles; da necessidade, origem, divisão, propriedades e princípio obrigatório das leis que os dirigem; das virtudes e vícios que

eles engendram de acordo com sua boa ou má direção; e dos meios de dar a esta toda a retidão possível segundo as várias relações que o homem tem e os ofícios que deve a Deus, a si mesmo, ao próximo, à sua família, a sua pátria e, conseqüentemente, ao seu príncipe e aos magistrados que este constitui, que é toda a matéria da filosofia moral e a preliminar imediata e indispensável de toda a ciência legal”.

Porém, qual é a diferença entre o que acabamos de ler e o conteúdo dos *Almici*? Podemos responder que não há nenhuma. Não havia diferença para o claustro de Valladolid, e veremos mais tarde para outros; não havia diferença entre os conteúdos do chamado direito natural e o conteúdo da filosofia moral.

A importância concedida a essa matéria fez com que se considerasse necessário um ano inteiro para seu estudo e, portanto, não poderia ser estudada ao mesmo tempo que a lógica. Além disso, exigiam o estudo prévio da metafísica, por se considerava necessária para uma melhor assimilação destes conteúdos. Esses estudos deveriam ser realizados em universidades em que houvesse cátedras para isso, pois somente assim poderiam ter o tempo e a orientação adequados para a formação jurídica.

A Universidade de Zaragoza também considerava seu estudo indispensável e se opunha a que fosse realizado no mesmo ano que a lógica, mas não se opunha ao seu estudo em um convento, faculdade ou casa.

A Universidade de Santiago considerou conveniente esse estudo, mas advertiu que era necessário distinguir entre uma filosofia moral “orgulhosa e ativa por algumas das valiosas máximas que ensina, e que está manchada e obscurecida com as sombras e trevas do paganismo, ou com os horrores da irreligião e da impiedade”, e a verdadeira, qual seja, que “é a ciência mais importante que, consultando os princípios da luz ou razão natural, estampada em todos os homens, e que, sem nunca contradizer ou perder de vista a revelação, ensina-nos a conhecermo-nos a nós mesmos, dá-nos uma ideia verdadeira de nosso bem e fim último, e daquela liberdade que é a base da religião e dos impérios, nos revela as causas e os efeitos das paixões, as virtudes e os vícios, e as regras que devemos seguir para que nossas ações possam ser agradáveis diante de Deus e dos homens. Ela nos mostra a origem, a necessidade e a diferença das leis, a submissão e a obediência aos poderes legítimos e, por assim dizer, nos instrui sobre o que devemos a Deus, a nós mesmos e aos outros homens”. Definição na qual aparece essa matéria como preliminar ao estudo da *jurisprudencia*. Desde logo, não viam nenhuma dificuldade em que fosse estudada em um convento, mas sim para o fato de que fosse combinada com o estudo da lógica.

A Universidade de Sevilha defendia um discurso claramente diferenciado do de Compostela. Sua queixa era a de que essa matéria havia sido frequentemente reduzida à teologia, ou que estava cheio de miscelâneas e de escolasticismo, razão pela qual não considerava oportuno o seu estudo em conventos ou junto à lógica. Em seguida, explicou que a filosofia moral poderia ser reduzida a duas partes: o direito natural e os atos do homem em relação ao bem e ao mal, que é o que seria estudado – com muito benefício para a felicidade e a boa direção dos povos – quando se suprimisse o primeiro. Osma não considerou conveniente que se fizesse seu estudo fora da universidade e junto à lógica. E Orihuela indi-

cou que “deveria ser estudada por um autor católico e separada do ano de lógica”. Por fim, Huesca disse apenas que a “ética ou filosofia moral” merecia ocupar o tempo dos jovens, e se referiu às disposições em vigor sobre seu estudo.

5. A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO E OUTRAS CONCLUSÕES

Nestas notas, tentamos oferecer o discurso dos claustros das universidades do reino com relação a alguns problemas ilustrados do ensino do direito; especificamente, o direito natural e o direito pátrio. Dessa maneira, pensamos que se pode entender melhor o alcance de algumas disposições sobre esses assuntos e, em particular, a conhecida *Real Orden* comunicada ao Conselho em 31 de julho de 1794, sobre as cátedras de direito natural: o que significou para seus protagonistas? Foi realmente uma supressão, ou uma substituição? E como moldou a formação do jurista? Qual foi a real mudança que se produziu nas doutrinas jurídicas estudadas? O que ocorreu em outros países europeus? O direito natural protestante era diferente do direito natural católico? Qual era a base dessa diferença? Era também uma doutrina “conveniente” para uma ordem política e social etc.? Ou seja, olhar para os diferentes níveis da realidade, integrá-los e fazer essas perguntas “ingênuas” que agora são tão enfatizadas.⁵¹

Dizíamos que a chave de leitura, em nossa opinião, estaria na filosofia moral, pois aparece como um direito natural de acordo com a constituição política da monarquia, que não continha princípios contrários a esta. Efetivamente, essa era a opinião do Conselho e essa era a solução para o problema. Ao suprimir as cátedras de direito natural, o ensino do direito natural não foi suprimido, mas – como preliminar – permaneceu obrigatório, talvez mais do que antes, uma vez que era obrigatório para todos aqueles que quisessem estudar *jurisprudencias*. O que aconteceu foi que o direito natural de Almici, que era o de Pufendorf corrigido, foi substituído pelo de Jacquier ou Corsini. Ou seja, nas palavras dos membros do claustro, por uma mais adequada à constituição do reino. Mas não nos enganemos, o absolutismo sempre subordinou tudo à sua autoridade, e o que não poderia permitir era que os alunos dos *Estudios* de Madrid viessem a defender teses contrárias ao poder do monarca.

As propostas dos claustros jurídicos que analisamos são, no entanto, decididamente iluministas e reformistas. Evidentemente, há diferenças entre Santiago, mais tradicionalista, e Sevilha; como vanguarda, Valladolid continua se destacando, pois foi ali que melhor foram indicadas as linhas das novas reformas.⁵²

Do ponto de vista jurídico, que é o que nos interessa, o sistema do direito comum estava em declínio. É necessário entender bem o que era o humanismo jurídico, o *usus modernus pandectarum*, o pensamento sistemático-dedutivo que se desenvolveu ao longo desse período, a fim de chegar à codificação ilustrada.⁵³ Somente dessa maneira podemos compreender que estamos assistindo a uma mudança de paradigma. A exaltação do direito real necessitava de uma fundamentação, que anteriormente havia sido encontrada no direito comum; mas agora se buscava no direito natural. Um direito natural católico, que era o constitucional e que foi equiparado à ética, à filosofia moral e à teologia moral: quando a Universidade de Granada propôs um manual para o estudo da ética, recorreu

a Almici, que acabara de ser “suprimido”; Valladolid falou indistintamente de filosofia ou teologia moral; Huesca de ética ou filosofia moral.⁵⁴

Assim, estamos assistindo à substituição de uma cultura jurídica por outra, a do direito comum pela cultura dos códigos, que mais tarde triunfaria com o liberalismo.

6. NOTAS

1. Versão original do texto, em língua espanhola: MARTÍNEZ NEIRA, Manuel. ¿Una supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza del derecho en el reinado de Carlos IV. **Anuario de Historia del Derecho Español**, n. 68, p. 523-546, 1998. Tradução de Denis Guilherme Rolla (mestre em História do Direito, UFRGS). Revisão por Alfredo de J. Flores (Professor Permanente do PPGDir-UFRGS). Os tradutores agradecem a autorização dada pelo autor para essa publicação. Uma vez que há uso frequente no texto de originais que estão em arquivos espanhóis, optou-se por não seguir a regra de citação recuada no corpo do texto, assim como a tradução foi feita também dos textos presentes nas notas de rodapé, para melhor compreensão em língua portuguesa.

2. TARELLO, G. **Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto**. Bologna: 1976.

3. “Se si vuole evitare quell’interpretazione esclusivamente ‘mentale’ della dottrina giuridica sei-settecentesca che caratterizza gran parte delle trattazioni di ‘storia della filosofia del diritto’ e di ‘storia del diritto naturale’ (per non parlare delle ‘storie del diritto privato’) è bene collocare questi tre movimenti dottrinali nel quadro dell’evoluzione dell’istruzione giuridica, e vedere quest’ultima nelle sue correlazioni con le diverse situazioni storiche e politiche” [TARELLO, G. **Storia...**, p. 98]. Outro autor, Koselleck, afirmou que a história das ideias políticas tinha de ser história social (KOSELLECK, R. **Crítica y crisis del mundo burgués**. Madrid: 1965). Em outras palavras, não se trata apenas de uma história dos livros – em referência à conhecida opinião do Professor Álvaro d’Ors, e me refiro ao sugestivo comentário do Professor Carlos Petit (PETIT, C. El romano de Pompeyo o Hic sunt leones. **Anuario de Historia del Derecho Español**, v. 60, p. 563-606, 1990), mas de uma história do pensamento ou cultura jurídica, que obriga a relacionar o que esses livros dizem com outros parâmetros (o impacto que esses livros tiveram, como foram lidos), a fim de enriquecer nossa compreensão sobre essas doutrinas jurídicas. E, para isso, as universidades e, especificamente, as faculdades de direito são um lugar privilegiado, um observatório privilegiado, no qual estamos interessados não apenas no que é ensinado, mas também em como é ensinado, porque não se trata de algo asséptico.

4. COING, H. L’insegnamento del diritto nell’Europa dell’Ancien Régime. **Studi senesi**, v. 82, p. 179-193, 1970.

5. MARTÍNEZ NEIRA, M. Despotismo o ilustración: Una reflexión sobre la recepción del Almici en la España carolina. **Anuario de Historia del Derecho Español**, 66, p. 951-966, 1996.

6. PESET, M.; MANCEBO, P. **Documentación jurídica: número monográfico** – “Carlos III y la legislación sobre universidades”, tomo XV, vol. 57 (ene.-mar. 1988).

7. Além dos *Estudios de San Isidro* e do *Seminario de Nobles*.

8. Archivo Histórico Nacional (doravante AHN), Consejos, 5443-20. As regras de transcrição utilizadas [n.t. para a edição em espanhol] são as usuais em pesquisa histórica: a ortografia é respeitada, a pontuação e os acentos são atualizados, e as abreviações são desenvolvidas. O advérbio [sic] não foi usado, pois sua frequência tornaria os textos difíceis de ler.

9. AHN, Consejos, 5443-20.

10. AHN, Consejos, 5443-20. Uma cópia dessa edição anônima pode ser encontrada em: ÁLVAREZ DE MORALES, A. **La ilustración y la reforma de la universidad en la España del siglo XVIII**. Madrid: 1985. p. 252-255 (nota 33). O autor anônimo usa a edição de Madrid (ALMICI, J. B. **Institutiones iuris**

naturae et gentium secundum catholica principia. Madrid: 1789) sem o dizer, embora não textualmente, pois, ainda que apresente os textos entre aspas, pula parágrafos ou palavras que não lhe interessam. Isso deveria ter sido dito, porque também houve uma edição escolar valenciana, com outro expurgo. Sobre as edições do Almici: MARTÍNEZ NEIRA, M. Despotismo o ilustración: Una reflexión sobre la recepción del Almici en la España carolina. **Anuario de Historia del Derecho Español**, 66, p. 951-966, 1996.

11. O autor anônimo também discute a doutrina de Almici, na qual afirma que os príncipes não podem alienar os bens da Coroa sem o consentimento do povo. E também as justas causas da guerra.

12. De interesse a esse respeito são: PORTILLO VALDÉS, J. M. Los límites de la monarquía: Catecismo de Estado y constitución política en España a finales del siglo XVIII. **Quaderni fiorentini**, 25, p. 183-265, 1996; bem como outras obras citadas pelos professores Fernández Albaladejo, Viejo, Ifurritegui... Também: ÁLVAREZ, C. La dudosa originalidad del regalismo borbónico. **Initium** 1, p. 169-206, 1996 (especialmente p. 205 e 206).

13. AHN, Consejos, 5443-19. Que é a ordem que é parcialmente retomada na *Novísima recopilación* 8, 4, 5.

14. AHN, Consejos, 5443-19.

15. AHN, Consejos, 5443-19. Ai se recolhe o expediente elaborado em que há acusação de recebimento e resposta. As universidades que responderam são as seguintes: Sigüenza (17 de agosto de 1794); Ávila (15 de agosto de 1794); Burgo de Osma (18 de agosto de 1794); Toledo (24 de agosto de 1794); Oviedo (20 de agosto de 1794); Valladolid (24 de agosto de 1794); Oñate (25 de agosto de 1794); Almagro (22 de agosto de 1794); Granada (27 de agosto de 1794); Osuna (27 de agosto de 1794); Irache (31 de agosto de 1794); Baeza (27 de agosto de 1794); Alcalá (22 de setembro de 1794); Sevilha (11 de outubro de 1794). Os bispos: Arcebispo de Toledo (22 de agosto de 1794); Seminário Conciliar de Sigüenza (16 de agosto de 1794); Bispo de Zamora (16 de agosto de 1794); Seminário Conciliar de Ávila (16 de agosto de 1794); Bispo de Canarias (16 de outubro de 1794); Valladolid (17 de agosto de 1794); Bispo de Segóvia (15 de agosto de 1794); Bispo de Palencia (17 de agosto de 1794); Bispo de Astorga (18 de agosto de 1794); Bispo de Ciudad Rodrigo (18 de agosto de 1794); Bispo de Calahorra (23 de agosto de 1794); Bispado de Tuy (20 de agosto de 1794); Bispo de Badajoz (23 de agosto de 1794); Seminário Conciliar de Burgos (22 de agosto de 1794); Bispo de Mondoñedo (19 de agosto de 1794); Bispo de Lugo (28 de agosto de 1794); Arcebispo de Santiago (20 de agosto de 1794); Bispo de Plasencia (23 de agosto de 1794); Bispo de Orense (27 de agosto de 1794); Colégio Seminário de Cuenca (22 de agosto de 1794); Pamplona (25 de agosto de 1794); Bispo de Coria (24 de agosto de 1794); Bispo de Santander (24 de agosto de 1794); Arcebispo de Granada (23 de agosto de 1794); Bispo de Málaga (23 de agosto de 1794); Arcebispo de Sevilha (26 de agosto de 1794); Bispo de Guadix (29 de agosto de 1794); Seminário Conciliar de León (28 de agosto de 1794); Bispo de Ceuta (26 de agosto de 1794); Bispo de Almería (29 de agosto de 1794); Bispo de Oviedo (27 de agosto de 1794); Bispo de Tudela (30 de agosto de 1794); Bispo de Cádiz (1º de setembro de 1794); Seminário Conciliar de San Fulgencio na cidade de Murcia (15 de setembro de 1794).

16. Ou seja, *Derecho público, natural e das gentes* [Derecho público, natural y de gentes] que é como foi chamado na *Novísima Recopilación*. Assim, o programa de estudos de Granada o chama apenas de *derecho público* [derecho público]: *El plan de estudios de la universidad de Granada en 1776*. Ed. por I. Arias de Saavedra. Granada, 1996. p. 17-19. Sobre essa terminologia: MARÍN Y MENDOZA, J. **Historia del derecho natural y de gentes**. Madrid: 1776; utilizo a edição de M. García de Pelayo (Madrid: 1950. p. 15-18).

17. *Nota de tradução*: quanto ao último texto, mencionado no final da nota anterior, o autor apontou aos tradutores que há uma edição de 2015 que está disponível na internet: <https://hdl.handle.net/10016/22079>.

18. MARTÍNEZ NEIRA, M. Despotismo o ilustración: Una reflexión sobre la recepción del Almici en la España carolina. **Anuario de Historia del Derecho Español**, 66, p. 961, 1996. Especificamente, esse claustro, referindo-se a Almici, dizia que este não incluiu em sua obra nada que outros autores não tenham tratado em filosofia moral, como Jacquier.

19. AHN, Consejos, 5443-20. O decreto foi enviado aos diretores das universidades e demonstrou ser uma continuação do expediente formado por ocasião da *Real Orden* de 19 de junho, sobre o estudo e as cátedras de direito público, natural e das gentes.

20. Em 8 de janeiro de 1795, um novo decreto foi enviado à Universidade de Alcalá, pois esta não havia enviado o relatório e seu diretor estava ausente em serviço real no senhorio de Vizcaya.

21. AHN, Consejos, 5444-1. E também: Archivo Universidad Complutense, D-1786 (referente a Alcalá, doravante AUC).

22. Como sabemos, a reforma de 1802 ocorreu nesse ínterim e, seguramente, o fato de haver retomado tais expedientes nesse momento teria relação com a reforma de 1807.

23(b). *Nota de tradução*: o título antigo de “bachiller” poderia parecer no Brasil com o de bacharel, mas não há equivalência total, pois esse título espanhol pode abarcar tanto estudos secundários como superiores. Para efeitos de comparação, no Brasil Império quem se formava no Colégio de Pedro II (que seria um ensino secundário para hoje) estaria habilitado em Artes, como se fosse um curso atual de Letras. Mas, ao mesmo tempo, facilitava o ingresso na Faculdade de Direito, para um curso de Bacharelado em Direito. Logo, antes do século XX esses títulos não eram necessariamente uniformes nem mesmo no Brasil.

24(c). *Nota de tradução*: trata-se do curso de Direito, que antes se separava, até o séc. XVIII, entre “Cánones” (para os canonistas) e “Leyes” (com base no direito romano e, depois, pátrio).

25. AHN, Consejos, 5445-23; AUC, D-1787.

26. AHN, Consejos, 5445-4. Há um grande expediente com esses recursos – neles aparecem indivíduos de muito distinta procedência: Escolápios de Carriedo, Convento de San Ginés de Talavera, Colegio de San Jerónimo de Benavente, Escuelas pías de Getafe... E embora muitos tenham pedido para estudar em Alcalá, outros o fizeram em outros centros: qualquer universidade, a Universidade de Toledo...

27. Assim: PESET, M.; PESET, J. L. **La universidad española (siglos XVIII y XIX): Despotismo ilustrado y revolución liberal**. Madrid: 1974 (especialmente p. 123-126).

28. Sobre a *vía ilustrada* – na que se deve incluir a economia política – interessa: PESET, M.; PESET, J. L. Política y saberes en la universidad ilustrada. In: **Actas del Congreso Internacional sobre Carlos III y la Ilustración**. Tomo III. Madrid: 1989. p. 31-135. Sobre a visão desde um de seus protagonistas: CORONAS GONZÁLEZ, S. M. Jovellanos, jurista ilustrado. **Anuario de Historia del Derecho Español**, 66, p. 561-613, 1996; CORONAS GONZÁLEZ, S. M. Jovellanos ante el plan de estudios ovetense de 1774. In: **Doctores y Escolares: II Congreso Internacional de Historia de las Universidades Hispánicas**. vol. 1. Valencia: 1998. p. 93-100.

29. CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F-J. Memorial a Felipe V. La Universidad de Alcalá solicita, a principios del siglo XVIII, se mantenga la enseñanza del derecho común. In: **Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro**. vol. 1. Valencia: 1989. p. 211-223. A carta de acordo de 1713 enviada à Universidade de Alcalá e o relatório desta última aparecem aqui.

30. É preciso lembrar que Alcalá – até a reforma *carolina* de 1772 – não tinha faculdade de direito civil, apenas de direito canônico, por desejo fundacional e segundo a imagem [da Universidade] de Paris. Neste momento, havia um total de oito cátedras jurídicas: quatro de “Cánones”, onde se liam as matérias mais úteis e universais do Decreto, das Decretais e do *Liber sextus*; quatro de “Leyes”, nas quais eram explicados os quatro livros da *Instituta*.

31. Sobre las reformas de Alcalá: MARTÍNEZ NEIRA, M.; VILLALBA PÉREZ, E. Control regio y visitas universitarias: la reforma de la Universidad de Alcalá. In: **Doctores y Escolares: II Congreso Internacional de Historia de las Universidades Hispánicas**. vol. II. Valencia: 1998. p. 49-59.

32. Todas essas disposições, inclusive a de 1713, podem ser encontradas em AUC, D-1785 e 1787. Na edição dos *Autos acordados*, 2, 1, 3, recolhe-se a de 1741. As de 1770 e 1779 já estão incluídas no *corpus* das reformas *carolinas*.

33. Essas reflexões amadureceram graças às contribuições de Alonso Romero [ALONSO ROMERO. P. Del 'amor' a las leyes patrias y su 'verdadera inteligencia': a propósito del trato con el derecho regio en la universidad de Salamanca durante los siglos modernos. **Anuario de Historia del Derecho Español**, n. 67, v. 1, p. 529-549, 1997; ALONSO ROMERO. P. Lectura de Juan Gutiérrez (c. 1535/1540-1618), un jurista formado en Salamanca. *Initium*, 2, p. 447-484, 1997. Ambos os trabalhos são complementares, culminando, por enquanto, numa tarefa de pesquisa que começa, pelo menos, de: ALONSO ROMERO. P. *Theoría y praxis* en la enseñanza del derecho: tratados y prácticas procesales en la Universidad de Salamanca a mediados del siglo XVI. **Anuario de Historia del Derecho Español**, v. 61, p. 451-477, 1991].

34(d). *Nota de tradução*: em versão mais atual do presente texto em espanhol, que foi enviada para efeitos desta tradução ao português, o próprio autor Martínez Neira faz o seguinte comentário: "Agora todos estão coletados em: ALONSO ROMERO. P. **Salamanca, escuela de juristas**: Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen. Madrid: 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/15129>".

35. **Autos acordados** 2, 1, 3 (1741).

36. GROSSI, P. **El orden jurídico medieval**. Madrid: 1996 – o capítulo 8 é de especial interesse.

37. AHN, Consejos, 5443-20. O relatório tem data de 29 de novembro de 1794.

38. Eles também explicam a preferência pelo Heineccius: "Todos os membros do Claustro das duas faculdades reconhecem e confessam o mérito notável dos comentários de Arnaldo Vinnius às Instituições de Justiniano pelo método, clareza, juízo e abundância de doutrina com que foram escritos e porque neles começaram a se formar os grandes homens que a nação possui. Mas, para preservar esses comentários, encontraram o inconveniente de que, cingindo-se o Vinnius à explicação das matérias que compreendem as Instituições de Justiniano, e como não seria possível empregar menos de dois anos no estudo destas, seria necessário gastar outro no estudo daquelas matérias importantes que não são tratadas nas Instituições, mas sim no Digesto, e julgam que esse inconveniente pode ser superado com muitas vantagens pelo uso das obras de Heineccius indicadas acima, para as quais é fácil passar as citações do direito pátrio e as concordâncias ou discordâncias deste com o direito romano, que o doutor Salas acrescentou aos comentários de Vinnius".

39. AHN, Consejos, 5443-20. O relatório tem data de 23 de dezembro de 1794. Neste se faz referência a um plano de estudos, dotação e aumento de cátedras que a universidade apresentou ao Conselho.

40. AHN, Consejos, 5443-20. El relatório tem data de 7 de fevereiro de 1795.

41. "A experiência, que em todas as matérias é o voto decisivo, provou e está demonstrando a utilidade do ensino do direito civil por esse modo, e na realidade apenas assim se pode formar uma ideia de outro mais a propósito, para reunir e consolidar os conhecimentos da legislação latina hispânica, e isto é evidenciado pela instrução que por graus os professores e ouvintes das seis cadeiras estão tomando. Começam pelo compêndio e catecismo do direito romano, estudando o texto original da *Instituta*, o que para esclarecer, acrescentando doutrina, expôs Vinnius, recebendo do catedrático as luzes necessárias para a perfeita compreensão do que é expressamente mandado e constituído por nossa lei em cada um dos títulos e seus parágrafos; e faltando-lhes aperfeiçoar o conhecimento do Digesto composto antes e depois das Instituições, passam a saber a conexão de seus livros, os pormenores de suas matérias e o que não está contido naquele resumo cujo principal fim era dirigido ao direito das pessoas. E se sua aplicação os levou ao extremo de aptidão e suficiência certificada por seu professor, para se apresentarem a um exame público ante todo o claustro da faculdade, e para se submeterem às perguntas feitas a eles por todos os indivíduos presentes, eles recebem o prêmio de seu adiantamento ao se desempenharem no grau de *bachiller* ao qual podem optar. No entanto, não desejando se submeter a esse rigoroso exame, têm como último passo para se habilitar para o grau a cátedra de *Código*, na qual se aperfeiçoam em todos ou pelo menos nos principais ramos das leis romanas e nas concordantes das leis da Espanha, sempre repetindo e revisando os elementos de direito com os quais começaram e terminaram sua carreira teórica com o grau ordinário, se conseguirem satisfazer seu exercício, e tanto nesse como no grau extraordinário e de

claustro pleno, são questionados sobre o direito da Espanha, que também é mencionada nos exames das Academias e até mesmo nas conclusões *pro cathedra*, sendo muito comum usar as concordâncias e diferenças entre os corpos legislativos romano e espanhol para se exercitar”.

42. AHN, Consejos, 5443-20. O relatório tem data de 28 de fevereiro de 1795.

43. *Nota de tradução*: trata-se do livro – ASSO Y DEL RÍO, Ignacio Jordán de; MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de. **Instituciones del derecho civil de Castilla**: que escribieron los doctores Asso y Manuel, enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de octubre de 1802 por el doctor Don Joaquín María Palacios. 7. ed., 1. ilustrada. 2 v. Madrid : En la Imprenta de Tomás Albán, 1806.

44. O plano de 1802 foi estabelecido na *Real Orden* de 5 de outubro daquele ano, inserida na circular do Conselho de 26 de novembro seguinte e que, mais tarde, apareceu na *Novísima recopilación* 8, 4, 7.

45. AHN, Consejos, 5443-20. O relatório tem data de 5 de janeiro de 1807.

46. AHN, Consejos, 5443-20. O relatório tem data de 12 de janeiro de 1807.

47. AHN, Consejos, 5443-20. O relatório tem data de 1º de março de 1807.

48. “Sem esse grande e laborioso estudo, mesmo a pessoa mais perspicaz não poderia deixar de ficar confusa e exposta a muitos erros. Aquele que, por exemplo, estudasse as *Partidas* e, no título 11 da quinta, visse as solenidades necessárias nas promessas, acreditaria, sem um estudo a mais, que sem tais solenidades nenhuma promessa poderia ser obrigatória, o que seria um equívoco de consequência, uma vez estabelecido pela lei 1ª, título 10 da *Novísima Recopilación*: que, em qualquer maneira que pareça que alguém quis obrigar-se com outro, pode ser definido que venha a cumprir essa obrigação sem poder argumentar que uma estipulação ou promessa não foi feita com certa solenidade da lei. Nem o estudo das *Partidas*, nem por outra parte o da *Novísima Recopilación* seriam suficientes para se saber, por exemplo, quanto a tudo o que procede e governa no ponto a bens *gananciales* entre marido e mulher e em questões de arras, se não se estudasse ao mesmo tempo o *Fuero real* nos títulos 2 e 3 do livro 3. E mesmo que se conhecessem todos os corpos e, por meio deles, as penalidades, por exemplo, que são estabelecidas contra adúlteros e outros delinquentes, isso não seria conhecido sem ter notícia das práticas, sobre as penas que se impõem atualmente, assim como não seriam conhecidas em vários outros pontos, especialmente em questões judiciais, as práticas introduzidas legitimamente. O claustro deixa de lado quase toda a *Partida* 1, porque, embora seja verdade que está cheia de sabedoria, como as outras, também é verdade que seu estudo naqueles que tratam da disciplina eclesiástica, que é quase toda ela, seria mais prejudicial do que benéfico para aqueles que não têm conhecimento do que foi estabelecido posteriormente. Assim, vê-se e é uma consequência necessária de tudo o que foi dito que, para adquirir o conhecimento correspondente em cada um das matérias do direito pátrio e, consequentemente, no todo, é necessário estudar todos os seus corpos e as práticas e costumes recebidos com tudo o mais que for necessário, separar o útil do inútil, e por este meio averiguar o que deve ser observado, como deve ser observado e a ordem em que deve ser observado, que é o que o Senhor Rei Don Alonso desejou e ordenou na lei 1, título 28 da ordenamento real de Alcalá, 3 haora, título 2, lei 3 da *Novísima Recopilación*”.

49. AHN, Consejos, 5443-10.

50. Para as várias respostas, que serão analisadas, remeto aos relatórios já mencionados.

51. REVEL, J.; WACHTEL, N. (ed.). **Une école pour les sciences sociales**: de la VIe section à l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales. Paris: 1996; BÉDAVIDA, F. (ed.). **L'histoire et le métier d'historien en France (1945-1995)**. Paris: 1996.

52. PESET, M.; PESET, J. L. **El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca**. Salamanca: 1969. p. 55-66; PESET, M.; PESET, J. L. **Carlos IV y la Universidad de Salamanca**. Madrid: 1983. p. 367; **Método general de estudios por la Real Universidad de Valladolid**, mandado imprimir.... Valladolid: 1771. p. 9 et seq., p. 40 et seq.

53. Agora em: COING, H. **Derecho privado europeo**. 2 v. Madrid: 1996; especialmente o vol. 1 (p. 31-118).

54. Sobre o significado desta «confusão», que infelizmente não pode ser analisada nestas páginas, interessa: COMANDUCCI, P. **Settecento conservatore**: Lampredi e il diritto naturale. Milano: 1981 (sobre-tudo p. 178-181).

FONTES PRIMÁRIAS

Archivo Histórico Nacional, Consejos, 5444-1.

Archivo Histórico Nacional, Consejos, 5445-4.

Archivo Histórico Nacional, Consejos, 5443-10.

Archivo Histórico Nacional, Consejos, 5443-19.

Archivo Histórico Nacional, Consejos, 5443-20.

Archivo Histórico Nacional, Consejos, 5445-23.

Archivo Universidad Complutense, D-1787.

Archivo Universidad Complutense, D-1786.

Archivo Universidad Complutense, D-1785.

REFERÊNCIAS

ALMICI, J. B. **Institutiones iuris naturae et gentium secundum catholica principia**. Madrid: 1789.

ALONSO ROMERO. P. Del 'amor' a las leyes patrias y su 'verdadera inteligencia': a propósito del trato con el derecho regio en la universidad de Salamanca durante los siglos modernos. **Anuario de Historia del Derecho Español**, n. 67, v. 1, p. 529-549, 1997.

ALONSO ROMERO. P. Lectura de Juan Gutiérrez (c. 1535/1540-1618), un jurista formado en Salamanca. **Initium**, 2, p. 447-484, 1997.

ALONSO ROMERO. P. **Salamanca, escuela de juristas**: Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen. Madrid: 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/15129>.

ALONSO ROMERO. P. Theoria y praxis en la enseñanza del derecho: tratados y prácticas procesales en la Universidad de Salamanca a mediados del siglo XVI. **Anuario de Historia del Derecho Español**, v. 61, p. 451-477, 1991.

ÁLVAREZ, C. La dudosa originalidad del regalismo borbónico. **Initium** 1, p. 169-206, 1996.

ÁLVAREZ DE MORALES, A. **La ilustración y la reforma de la universidad en la España del siglo XVIII**. Madrid: 1985.

ASSO Y DEL RÍO, Ignacio Jordán de; MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de. **Institutiones del derecho civil de Castilla**: que escribieron los doctores Asso y Manuel, enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de octubre de 1802 por el doctor Don Joaquín María Palacios. 7. ed., 1. ilustrada. 2 v. Madrid: En la Imprenta de Tomás Albán, 1806.

BÉDAVIDA, F. (ed.). **L'histoire et le métier d'historien en France (1945-1995)**. Paris: 1996.

CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F.-J. Memorial a Felipe V. La Universidad de Alcalá solicita, a principios del siglo XVIII, se mantenga la enseñanza del derecho común. *In: Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*. v. 1. Valencia: 1989. p. 211-223.

COING, H. **Derecho privado europeo**. 2 v. Madrid: 1996.

COING, H. L'insegnamento del diritto nell'Europa dell'Antico Régime. **Studi senesi**, v. 82, p. 179-193, 1970.

COMANDUCCI, P. **Settecento conservatore**: Lampredi e il diritto naturale. Milano: 1981.

CORONAS GONZÁLEZ, S. M. Jovellanos ante el plan de estudios ovetense de 1774. *In: Doctores y Escolares*: II Congreso Internacional de Historia de las Universidades Hispánicas. v. 1. Valencia: 1998. p. 93-100.

CORONAS GONZÁLEZ, S. M. Jovellanos, jurista ilustrado. **Anuario de Historia del Derecho Español**, 66, p. 561-613, 1996.

GROSSI, P. **El orden jurídico medieval**. Madrid: 1996.

KOSELLECK, R. **Crítica y crisis del mundo burgués**. Madrid: 1965.

MARÍN Y MENDOZA, J. **Historia del derecho natural y de gentes**. Edición de M. García de Pelayo. Madrid: 1950.

MARÍN Y MENDOZA, J. **Historia del derecho natural y de gentes**. Madrid: 1776.

MARTÍNEZ NEIRA, M. Despotismo o ilustración: Una reflexión sobre la recepción del *Almici* en la España carolina. **Anuario de Historia del Derecho Español**, 66, p. 951-966, 1996.

MARTÍNEZ NEIRA, M.; VILLALBA PÉREZ, E. Control regio y visitas universitarias: la reforma de la Universidad de Alcalá. *In: Doctores y Escolares*: II Congreso Internacional de Historia de las Universidades Hispánicas. v. II. Valencia: 1998. p. 49-59.

Método general de estudios por la Real Universidad de Valladolid, mandado imprimir.... Valladolid: 1771.

PESET, M.; MANCEBO, P. **Documentación jurídica**: número monográfico – “Carlos III y la legislación sobre universidades”, tomo XV, v. 57 (ene.-mar. 1988).

PESET, M.; PESET, J. L. **Carlos IV y la Universidad de Salamanca**. Madrid: 1983.

PESET, M.; PESET, J. L. **El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca**. Salamanca: 1969. p. 55-66.

PESET, M.; PESET, J. L. **La universidad española (siglos XVIII y XIX)**: Despotismo ilustrado y revolución liberal. Madrid: 1974.

PESET, M.; PESET, J. L. Política y saberes en la universidad ilustrada. *In: Actas del Congreso Internacional sobre Carlos III y la Ilustración*. Tomo III. Madrid: 1989. p. 31-135.

PETIT, C. El romano de Pompeyo o Hic sunt leones. **Anuario de Historia del Derecho Español**, v. 60, p. 563-606, 1990.

PORTILLO VALDÉS, J. M. Los límites de la monarquía: Catecismo de Estado y constitución política en España a finales del siglo XVIII. **Quaderni fiorentini**, 25, p. 183-265, 1996.

REVEL, J.; WACHTEL, N. (ed.). **Une école pour les sciences sociales: de la VIe section à l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales**. Paris: 1996.

TARELLO, G. **Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto**. Bologna: 1976.

Recebido em: 10/12/2024

Aceito em: 10/12/2024

PROPOSTA DE REGULAMENTO E-PRIVACY DA UNIÃO EUROPEIA E INICIATIVA OPEN COMMUNICATIONS: IMPACTOS NA PROTEÇÃO DE DADOS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Proposal for an EU e-Privacy Regulation and Open Communications Initiative: Impacts on Data Protection in the Telecommunications Sector

Propuesta de Reglamento e-Privacy de la UE e Iniciativa Open Communications: Impactos en la Protección de Datos en el Sector de las Telecomunicaciones

Daniela Copetti Cravo

Procuradora do Município de Porto Alegre (RS, Brasil). Doutora e mestre em Direito pela UFRGS. Pós-doutorado no Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFRGS (2019-2020). Professora orientadora de mestrado na Ambra University. Professora da Graduação em Direito na Faculdade João Paulo II e na Faculdade de Direito São Judas Tadeu. Professora visitante na Universidade de Gdansk (Outubro de 2023), por meio do Programa de Mobilidade financiado pelo Erasmus+ (União Europeia).

Resumo

Os serviços de telecomunicações são essenciais na sociedade moderna, facilitando a comunicação e a conectividade. O avanço tecnológico, incluindo os serviços Over-the-Top (OTT) e a Internet das Coisas (IoT), apresenta novos desafios e oportunidades que exigem regulação para proteger direitos fundamentais. Este estudo visa analisar as principais novidades de propostas regulatórias envolvendo dados pessoais no setor de telecomunicações, como a iniciativa Open Communications no Reino Unido e a proposta de Regulamento e-Privacy da União Europeia. A pesquisa foi motivada pela necessidade de uma regulação que acompanhe as rápidas mudanças tecnológicas e proteja de forma efetiva as pessoas. Conclui-se que as propostas analisadas são adequadas e visam suprir lacunas normativas e regulatórias, promovendo uma economia digital mais justa e eficiente e garantindo a proteção da privacidade e da segurança dos dados, caso sejam aprovadas.

Palavras-chave: Telecomunicações. Regulação. Proteção de dados. Metadados.

Abstract

Telecommunications services are essential in modern society, facilitating communication and connectivity. Technological advancements, including Over-the-Top (OTT) services and the Internet of Things (IoT), present new challenges and opportunities that require regulation to protect fundamental rights. This study aims to analyze key developments in regulatory proposals concerning personal data in the telecommunications sector, such as the Open Communications initiative in the UK and the EU's e-Privacy Regulation proposal. The research was driven by the need for regulation that keeps pace with rapid technological changes and effectively safeguards individuals. It concludes that the analyzed proposals are appropriate and aim to address regulatory and normative gaps, promoting a fairer and more efficient digital economy while ensuring the protection of privacy and data security, if approved.

Keywords: Telecommunications. Regulation. Data protection. Metadata.

Resumen

Los servicios de telecomunicaciones son esenciales en la sociedad moderna, facilitando la comunicación y la conectividad. Los avances tecnológicos, incluidos los servicios Over-the-Top (OTT) y el Internet de las Cosas (IoT), presentan nuevos desafíos y oportunidades que requieren regulación para proteger derechos fundamentales. Este estudio tiene como objetivo analizar las principales novedades de las propuestas regulatorias sobre datos personales en el sector de las telecomunicaciones, como la iniciativa Open Communications en el Reino Unido y la propuesta de Reglamento e-Privacy de la Unión Europea. La investigación fue motivada por la necesidad de regulación que acompañe los rápidos cambios tecnológicos y proteja de manera efectiva a las personas. Se concluye que las propuestas analizadas son adecuadas y tienen como objetivo abordar las lagunas normativas y regulatorias, promoviendo una economía digital más justa y eficiente y garantizando la protección de la privacidad y la seguridad de los datos, si se aprueban.

Palabras clave: Telecomunicaciones. Regulación. Protección de datos. Metadatos.

Sumário:

1. Introdução; 2. Desafios e riscos do novo contexto; 3. Proposta de Regulamento e-Privacy da União Europeia; 4. Open Communications; 5. Considerações finais; 6. Notas; Referências

1. INTRODUÇÃO

Os serviços de telecomunicações desempenham um papel crucial em nossa sociedade moderna, abrangendo uma ampla gama de atividades e produtos que facilitam a comunicação e a conectividade. Existem três categorias distintas que compreendem esse setor dinâmico: os serviços de execução das telecomunicações propriamente ditas, os produtos e serviços auxiliares que dão suporte direto às telecomunicações, e os chamados serviços de valor adicionado, que agregam funcionalidades complementares às telecomunicações, com seus respectivos produtos. A definição legal de “serviços de telecomunicações” engloba as duas primeiras categorias de atividade, enquanto as prestadoras de serviços de valor adicionado¹ são consideradas usuárias desses serviços de telecomunicações.² Nos termos da Lei nº. 9.472, de 1997, cabe à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) a responsabilidade de regular o setor de telecomunicações no Brasil.

Nos últimos anos, tem-se testemunhado uma mudança significativa no panorama das comunicações, impulsionada pela ascensão dos serviços *Over-the-Top* (OTT)³. Estes serviços, como Voz sobre IP,⁴ mensagens instantâneas e e-mail baseado na web, são cada vez mais preferidos por consumidores e empresas, substituindo os serviços tradicionais de comunicação. No entanto, é importante observar que esses serviços OTT geralmente podem não estar abrangidos nos quadros tradicionais regulatórios, como é o caso, por exemplo, da Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas da União Europeia (Directiva 2002/58/CE).⁵

Além disso, o advento da Internet das Coisas (IoT)⁶ trouxe consigo uma nova era de interconexão entre máquinas e dispositivos. Essa intercomunicação via redes de comunicações eletrônicas apresenta novos desafios em termos de proteção dos dados, da privacidade e da confidencialidade das comunicações. Nesse contexto, surge a indagação sobre a necessidade de as regulações também abrangerem a transmissão de comunicações máquina-máquina.

Em resumo, à medida que continuamos a avançar em direção a uma sociedade cada vez mais conectada, é essencial que a regulação acompanhe essas mudanças e proteja os direitos à privacidade, à proteção de dados, à confidencialidade das comunicações em todas

as suas formas e ao direito de escolha, desde os serviços tradicionais de telecomunicações até as mais recentes inovações em comunicações digitais.⁷

2. DESAFIOS E RISCOS DO NOVO CONTEXTO

O setor de telecomunicações, segundo estudo do governo do Reino Unido,⁸ é uma indústria crítica e valiosa, ligando residentes e empresas e possibilitando serviços essenciais como telefonia fixa e móvel, banda larga e internet móvel. Esses serviços são cada vez mais vistos como uma necessidade para a maioria dos lares, fundamentais para o acesso à educação, participação no mercado de trabalho e comunicação com amigos e familiares. São, portanto, amplamente considerados bens necessários, sem substitutos próximos, e consumidos por todos os grupos de renda.⁹

A pandemia de COVID-19 impactou significativamente o mercado, aumentando a dependência do acesso à internet e exacerbando as pressões financeiras nas famílias, com padrões de consumo mudando conforme os lockdowns¹⁰ e as incertezas econômicas.¹¹ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a respeito, destacou que a complexidade dos mercados de telecomunicações pode levar a menor satisfação do consumidor, relutância em mudar para ofertas melhores e dificuldade em comparar produtos. Embora possa haver benefícios em mudar de serviço ou provedor, isso frequentemente envolve previsões e compreensão do novo serviço em relação ao atual, além de temores quanto aos riscos potenciais associados à mudança.¹²

Para mais, o mercado de telecomunicações também está acompanhando a introdução de aplicações como Over-the-top (OTT), Serviços Financeiros Digitais e Internet das Coisas, que não estão sujeitas à regulamentação da Anatel. Esses desenvolvimentos incluem a entrada de serviços de comunicações eletrônicas que, do ponto de vista do consumidor, são substitutos para os serviços tradicionais, mas não precisam cumprir o mesmo conjunto de regras. Embora essa situação possa parecer economicamente atraente, ela pode trazer inseguranças e vulnerabilidades aos usuários.

Graças ao desenvolvimento de tecnologias sem fio rápidas e eficientes, o acesso público à internet por meio de redes Wi-Fi tornou-se cada vez mais comum. Essas redes estão amplamente disponíveis em locais públicos e semiprivados. No entanto, com essa crescente disponibilidade, torna-se cada vez mais imperativo garantir a proteção adequada das comunicações transmitidas por essas redes e assegurar sua confidencialidade.¹³

Destaca-se que a utilização de redes Wi-Fi públicas expõe os usuários a uma série de riscos potenciais, como a interceptação de dados pessoais e a invasão de privacidade. Mesmo quando o serviço de Wi-Fi é oferecido como um complemento a outro serviço, como em uma loja, a privacidade das comunicações deve ser rigorosamente protegida. A ausência de medidas de segurança adequadas pode transformar essas redes em alvos fáceis para cibercriminosos, comprometendo informações sensíveis dos usuários.¹⁴

Nesse contexto, é necessário que os dados de comunicações eletrônicas sejam definidos de maneira suficientemente ampla e tecnologicamente neutra para abranger qualquer informação relacionada ao conteúdo transmitido ou trocado (conteúdo de comunicações

eletrônicas), bem como informações sobre o usuário final de serviços de comunicações eletrônicas, processadas para fins de transmissão, distribuição ou habilitação da troca de conteúdo de comunicações eletrônicas. Isso pode incluir, por exemplo, dados para rastrear e identificar a origem e o destino de uma comunicação, localização geográfica, data, hora, duração e tipo de comunicação, independentemente do meio ou serviço utilizado.¹⁵

Além disso, é fundamental que esses dados sejam protegidos, independentemente do método de transmissão - seja por fio, rádio, meios ópticos ou eletromagnéticos, incluindo redes de satélite, redes a cabo, redes fixas (comutação de circuitos e pacotes, incluindo internet) e redes móveis terrestres. Todos esses dados devem ser considerados metadados¹⁶⁻¹⁷ de comunicação eletrônica e, portanto, estarem sujeitos às disposições regulamentares que assegurem a sua proteção e confidencialidade.

Vejamos, então, as propostas de políticas de regulação que visam abordar as situações mencionadas acima. Essas políticas devem não apenas garantir a proteção¹⁸ e a confidencialidade dos dados dos usuários, mas também promover a competitividade no mercado de telecomunicações. É essencial que as regulamentações acompanhem o ritmo das inovações tecnológicas, garantindo que os direitos dos consumidores sejam protegidos e que o mercado evolua de maneira justa e eficiente. Dessa forma, será possível promover tanto a inovação quanto a segurança, assegurando que todos os usuários de serviços de telecomunicações possam usufruir dos benefícios da conectividade de maneira segura e protegida.

3. PROPOSTA DE REGULAMENTO E-PRIVACY DA UNIÃO EUROPEIA

Em janeiro de 2017, a Comissão Europeia¹⁹ apresentou uma proposta de regulamento²⁰ voltado para a privacidade e as comunicações eletrônicas, com o intuito de substituir a atual Diretiva de e-Privacy,²¹ estabelecida em 2002.²² Essa iniciativa surge da necessidade de fortalecer a segurança das comunicações e a confidencialidade dos dados, abrangendo não apenas os provedores tradicionais de telecomunicações, mas também outros agentes, como os provedores de serviços da sociedade da informação que oferecem serviços baseados na internet, como VoIP, aplicativos de mensagens instantâneas e e-mails baseados na web (OTTs).²³

O objetivo principal da proposta²⁴ é garantir condições justas para todas as empresas. Ao contrário da diretiva anterior,²⁵ a proposta de regulamento pretende proteger tanto o conteúdo quanto os metadados das comunicações. Com os avanços nas tecnologias de comunicação eletrônica, os metadados podem revelar detalhes mais específicos sobre os indivíduos, como preferências e hábitos, em comparação aos simples 'dados de tráfego' mencionados na antiga Diretiva de e-Privacy.²⁶ Isso inclui dados de localização, que agora podem oferecer insights mais detalhados sobre a vida das pessoas do que antes.²⁷

Além de fortalecer a segurança e a confidencialidade das comunicações, a proposta de regulamento²⁸ também estabelece diretrizes mais claras sobre tecnologias de rastreamento, como cookies,²⁹ e busca alcançar uma maior harmonização entre os Estados-Membros da União Europeia. Esta harmonização é crucial para garantir que os direitos dos cidadãos sejam protegidos de forma consistente em toda a UE, independentemente de onde residam ou de quais serviços utilizem.³⁰⁻³¹

Essa iniciativa representa uma resposta às crescentes preocupações com a proteção de dados pessoais e a privacidade dos indivíduos no contexto digital. Ao substituir a diretiva anterior,³² que se tornou desatualizada diante das rápidas mudanças tecnológicas, o novo regulamento proposto,³³ caso aprovado, buscaria atualizar as normas para fortalecer a segurança das informações dos cidadãos europeus.³⁴

É importante destacar que, apesar das críticas e da dificuldade de aprovação de um texto final após 7 anos,³⁵ existem justificativas e evidências robustas que sustentam a necessidade das salvaguardas buscadas pela proposta de Regulamento e-Privacy da União Europeia.³⁶ O setor de telecomunicações coleta, processa e armazena grandes quantidades de dados pessoais, incluindo registros de chamadas, mensagens e dados de localização. Essas informações podem ser usadas para identificar indivíduos, rastrear seus movimentos e monitorar suas atividades de comunicação.

A vasta quantidade de dados pessoais disponível torna o setor de telecomunicações um alvo principal para criminosos cibernéticos que buscam roubar informações para fins maliciosos. Através dos aparelhos celulares, além de se obter dados como o modelo do aparelho, tipo de navegador e geolocalização, é possível identificar quais locais são frequentados pelo proprietário e por quanto tempo ele fica conectado. Também podem ser obtidos dados de navegação na internet, incluindo os sites acessados e o tempo de permanência em cada aplicativo.³⁷

Para proteger esses dados, é fundamental que os dados de comunicações eletrônicas sejam definidos de maneira ampla e tecnologicamente neutra. Isso deve abranger qualquer informação relacionada ao conteúdo transmitido ou trocado, bem como informações sobre o usuário final, processadas para fins de transmissão, distribuição ou habilitação da troca de conteúdo. Exemplos incluem dados para rastrear e identificar a origem e o destino de uma comunicação, localização geográfica, data, hora, duração e tipo de comunicação, independentemente do meio ou serviço utilizado.

A proposta de Regulamento da União Europeia³⁸ exemplifica a tentativa de enfrentar os riscos e desafios atuais das comunicações na era digital. No entanto, essa iniciativa suscita a reflexão sobre a necessidade de criar leis específicas para abordar o tema, a par das normas gerais já existentes como é o caso do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD).³⁹⁻⁴⁰

4. OPEN COMMUNICATIONS

A portabilidade de dados é um direito novo, não previsto na antiga Diretiva Europeia n.º 95/46/CE.⁴¹⁻⁴² Trata-se de um direito extremamente moderno, inaugurado pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)⁴³ e que também foi contemplado no ordenamento brasileiro, por meio da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).⁴⁴

Muito embora o direito à portabilidade de dados tenha uma íntima relação com o direito de acesso, já que ambos promovem o controle dos dados pelo seu titular, tais direitos são diferentes e se complementam. A portabilidade de dados, na verdade, pode ser vista como um passo à frente, isto é, uma evolução do direito de acesso.

A portabilidade de dados tem como essência permitir o reuso dos dados, em uma nova atividade de tratamento. Com isso, os titulares se sentem mais estimulados a usar novos serviços e funcionalidades, especialmente aqueles que tenham políticas que mais lhe agradem, inclusive no que toca à proteção de dados. Cabe destacar que a portabilidade de dados terá um papel essencial na Web 3.0.⁴⁵

Destarte, o direito à portabilidade de dados permite que o titular determine como se dará a circulação dos seus dados, que será condicionada ao seu requerimento e ao exercício de sua vontade. Trata-se evidentemente da consagração da autodeterminação informativa, tão essencial para a tutela do corpo eletrônico.

Ademais, a portabilidade de dados serve como uma ferramenta de gestão e de facilitação na tomada de decisões pessoais. Trata-se de uma ferramenta *user-centred*, que possibilita que o titular tenha um papel ativo no ecossistema de dados.⁴⁶⁻⁴⁷

A título de exemplo, essa poderá auxiliar o titular a verificar o impacto do seu padrão de consumo ou a adotar hábitos mais sustentáveis. Dentre outras possibilidades, é o caso da transferência de listas de compras a um aplicativo de aconselhamento nutricional ou a utilização dos nossos dados de consumo em transporte e energia para criar um índice de carbono individual.⁴⁸

Já com relação ao desenvolvimento da Internet das Coisas, a portabilidade de dados será essencial para promoção da tão indispensável transferência dos dados para funcionamento da tecnologia.⁴⁹ A portabilidade, nesse contexto, pode permitir que o titular porte seus dados entre diferentes aplicativos e serviços, aumentando seu direito de escolha.⁵⁰

Ainda, a portabilidade de dados é peça fundamental para o desenvolvimento dos *Personal Information Management Systems* (PIMS).⁵¹ Os PIMS oferecem ao titular um *dashboard*⁵² para o monitoramento do uso dos seus dados, permitindo a transferência direta dos dados pelo titular com controladores externos.⁵³⁻⁵⁴

Tais sistemas possibilitam que os próprios titulares gerenciem e controlem sua identidade online. Isso promove uma abordagem centrada no ser humano, protegendo-os contra técnicas ilegais de rastreamento e criação de perfis que visam a contornar os princípios-chave de proteção de dados.⁵⁵

A portabilidade de dados também tem o potencial de gerar benefícios ao bem-estar do consumidor e efeitos pró-competitivos ao mercado. Essa, especialmente quando conjugada com a interoperabilidade, permite uma diminuição do efeito *lock-in* e dos efeitos de rede.⁵⁶

Apesar de já existir a portabilidade de dados nas leis gerais de proteção de dados, esse direito ainda é pouco explorado, principalmente devido à falta de padrões de interoperabilidade.⁵⁷ Por esse motivo, espera-se que a portabilidade de dados se torne mais efetiva em mercados regulados, como é o caso do setor financeiro, por meio do Open Banking⁵⁸ e, com sua expansão, do Open Finance.⁵⁹

Tal tendência tem sido esperada também em outros mercados,⁶⁰ como é o caso das telecomunicações, uma vez que as características apontam para um grande potencial de promover o bem-estar dos consumidores, em especial diante do atual aumento do custo de vida.

Destaca-se que os mercados de telecomunicações são complexos, e navegar por uma ampla gama de opções pode ser técnico e demorado. Apesar da grande variação nas características, necessidades e usos dos consumidores, há boas evidências de que os consumidores muitas vezes não se envolvem no mercado, optando por permanecer com os provedores atuais, mesmo quando isso tem um alto custo.⁶¹

Justamente por tais razões, surgiu no Reino Unido o Open Communications, uma iniciativa específica de mobilidade de dados. Esta iniciativa faz parte do projeto Smart Data, que se refere ao compartilhamento seguro e consentido de dados de consumidores e produtos com provedores terceirizados (TPPs). Esses provedores podem utilizar esses dados para oferecer serviços inovadores para consumidores e pequenas e médias empresas (PMEs). O Smart Data vai além dos direitos de acesso a dados previstos pelo GDPR, proporcionando uma plataforma para o desenvolvimento de serviços mais avançados e personalizados.⁶²

A implementação do Open Communications no setor de telecomunicações visa ampliar o acesso dos consumidores aos seus dados e estabelecer padrões comuns para esse compartilhamento. O foco principal é capacitar os usuários finais, desde consumidores individuais até pequenas empresas, para que possam navegar pelo mercado de comunicações de maneira mais informada. Isso permitirá que tomem decisões melhores e mais conscientes sobre os serviços de conectividade, ajudando-os a acessar a conectividade necessária pelo melhor preço possível.

Espera-se que o Open Communications traga benefícios significativos tanto para consumidores quanto para PMEs. Entre esses benefícios, destaca-se o aumento na adoção de serviços de conectividade de próxima geração e a capacitação para que consumidores e PMEs possam mudar para as melhores ofertas disponíveis, atendendo às suas necessidades de conectividade e ao orçamento familiar.⁶³

Em resumo, o Open Communications, ao atuar com base nos poderes do Smart Data, representa uma tentativa de avanço importante na maneira como os dados são utilizados no setor de telecomunicações, promovendo uma maior transparência e eficiência no mercado, e empoderando os usuários para fazer escolhas mais informadas e vantajosas.⁶⁴

Atualmente, o Open Communications está em fase de análise de feedback público. Recentemente, houve uma consulta pública que ocorreu de 18 de setembro de 2023 às 9h até 13 de novembro de 2023 às 23h45. O objetivo dessa consulta foi obter opiniões sobre a possível introdução do esquema de Smart Data, denominado "Open Communications", no mercado de telecomunicações do Reino Unido.

A consulta visou compreender melhor os benefícios e desafios potenciais da implementação do Open Communications no setor de telecomunicações do Reino Unido. Se avançar, esse esquema exigiria que empresas de banda larga e de telefonia móvel fornecessem aos seus clientes, mediante solicitação, dados sobre seus serviços de telecomunicações, como o preço pago, a velocidade de download e o uso de dados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os serviços de telecomunicações são essenciais na sociedade moderna, facilitando a comunicação e conectividade. Com o avanço tecnológico, surgem novos desafios e oportu-

nidades, como os serviços Over-the-Top (OTT) e a Internet das Coisas (IoT), exigindo uma regulação que proteja os direitos dos consumidores e a segurança dos dados.

A portabilidade de dados, destacada no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) e na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) do Brasil, permite o reuso de dados e empodera os usuários, promovendo uma economia digital mais justa e eficiente. A iniciativa Open Communications no Reino Unido exemplifica esse avanço, visando, caso aprovada, proporcionar uma plataforma segura para o compartilhamento de dados e capacitando os usuários a tomar decisões mais informadas sobre serviços de conectividade.

Ainda na temática de proteção de dados no setor de telecomunicações, a proposta de Regulamento e-Privacy da União Europeia, apresentada em 2017, visa substituir a Diretiva de e-Privacy de 2002, ampliando a proteção do conteúdo e metadados das comunicações. Com a evolução tecnológica, proteger os metadados, que incluem informações sensíveis, torna-se crucial. A proposta de regulamento também aborda tecnologias de rastreamento, no intuito de promover a harmonização entre os Estados-Membros da UE para garantir a proteção consistente dos direitos dos cidadãos.

À medida que a sociedade se torna cada vez mais conectada, é essencial que a regulamentação acompanhe as mudanças tecnológicas, protegendo a privacidade, a segurança dos dados e a confidencialidade das comunicações. Portanto, o objetivo deste artigo foi apresentar as principais iniciativas e propostas nesse contexto, destacando os esforços para garantir que essas proteções estejam adequadamente implementadas e atualizadas.

6. NOTAS

1. Diferentemente dos serviços de telecomunicações, os serviços de valor adicionado não estão sujeitos à regulação estatal. Assim, não se faz necessário qualquer tipo de concessão ou autorização para o seu funcionamento. Há quem defenda que essa liberdade regulatória dos serviços de valor adicionado, nos quais está inserida a Internet, foi o que proporcionou o nascimento e desenvolvimento da tecnologia no final do século XX. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A Governança Não Estatal da Internet e o Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 43, set./dez. 2015.

2. SCORSIM, Ericson. Competência da Anatel para outorgar e fiscalizar os serviços de acesso à internet: Limites e Possibilidades. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 21, p. 201-220, 2015.

3. Serviços over-the-top (OTT), como são conhecidos, são serviços de comunicação e transmissão prestados pela Internet. Recentemente, esses serviços se tornaram ubíquos graças aos serviços de banda larga fornecidos pelas operadoras de telecomunicações e provedores de Internet. No entanto, os serviços OTT às vezes complementam e outras vezes substituem os serviços tradicionais de telecomunicações e radiodifusão oferecidos pelos operadores licenciados incumbentes. Esses serviços desafiam os reguladores devido à rápida evolução da tecnologia subjacente. Enquanto as operadoras de telecomunicações defendem a regulamentação dos serviços OTT visando um campo de jogo equilibrado, os provedores de serviços OTT resistem, argumentando que seus serviços são inovadores e promovem o espírito de liberdade na Internet. SRIDHAR, V. Over-the-Top (OTT) Services—Should They Be Regulated Much like Telecom Services?. In: **Emerging ICT Policies and Regulations**, Springer, Singapore, 2019.

4. VoIP permite a transferência de comunicações orais entre redes comutadas por circuito e redes de Protocolo de Internet (IP). Sinais telefônicos são convertidos em pacotes de dados digitais, transmitidos pela internet e decodificados no destino. Pode ser usado com telefones ou PCs, suportando comunicações de PC para PC, PC para telefone, telefone para PC e telefone para telefone, utilizando protocolos

de camada de aplicação. WONG, Rebecca; GARRIE, Daniel. Privacy in Electronic Communications: The Regulation of VoIP in the EU and the United States. **Computer Telecommunications Law Review**, v. 2009, p. 139-146, 2009.

5. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L 201, 31 jul. 2002.

6. A Internet das Coisas (IoT) é uma rede de dispositivos interconectados que trocam dados entre si e com a nuvem. Esses dispositivos geralmente possuem sensores e softwares incorporados e podem incluir tanto máquinas mecânicas e digitais quanto objetos de consumo. YASAR, K.; GILLIS, A. S. **Definition:** Internet of Things (IoT). Disponível em: <https://www.techtarget.com/iotagenda/definition/Internet-of-Things-IoT>. Acesso em: 13 ago. 2024.

7. Os dados das comunicações eletrônicas têm se mostrado uma fonte valiosa para o desenvolvimento de inteligência artificial, alimentando soluções como mecanismos de busca e respostas automatizadas. Esses dados proporcionam um conhecimento extenso sobre padrões de comportamento humano e correlações, embora atualmente seja o conteúdo sintático que permite inferências precisas sobre os usuários. A capacidade das IA em entender significados é limitada, mas através da análise de padrões, perfis psicológicos e comportamentais detalhados podem ser criados. Essa informação é usada para personalizar anúncios e influenciar comportamentos, sendo fundamental para o modelo de negócios de plataformas digitais. CZARNOCKI, Jan. Electronic Communication Confidentiality in ePrivacy Regulation: How to Protect Privacy and Personal Autonomy Without Hampering AI Solutions Development, **Studia Iuridica LXXXVI**, 2020.

8. GOV.UK. **Open Communications a Smart Data scheme for the UK telecoms market**. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/open-communications-a-smart-data-scheme-for-the-uk-telecoms-market>. Acesso em: 12 jun. 2024.

9. GOV.UK. **Open Communications a Smart Data scheme for the UK telecoms market**. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/open-communications-a-smart-data-scheme-for-the-uk-telecoms-market>. Acesso em: 12 jun. 2024.

10. Um "lockdown" é uma medida de emergência que restringe a movimentação de pessoas dentro de um prédio ou área específica para garantir a segurança, geralmente em resposta a uma situação de perigo iminente. Durante um lockdown, as pessoas não têm permissão para entrar, sair ou se mover livremente dentro da área bloqueada.

11. GOV.UK. **Open Communications a Smart Data scheme for the UK telecoms market**. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/open-communications-a-smart-data-scheme-for-the-uk-telecoms-market>. Acesso em: 12 jun. 2024.

12. OECD. **Enhancing Competition in Telecommunications: Protecting and Empowering Consumers**, 2009.

13. UNIÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento 2017/0003 (COD) do Parlamento Europeu e do Conselho. Concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications). Bruxelas, 10 jan. 2017.

14. Embora o Wi-Fi público seja uma comodidade amplamente utilizada, ele também está associado a riscos que podem comprometer informações pessoais e comerciais. Pesquisa recente revelou que uma alta porcentagem de pessoas teve sua segurança online comprometida ao usar Wi-Fi público. A respeito, veja: HAAN, K. The real risks of public Wi-Fi: key statistics and usage data. **Forbes**. Disponível em: <https://www.forbes.com/advisor/business/public-wifi-risks/>. Acesso em: 13 ago. 2024.

15. UNIÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento 2017/0003 (COD) do Parlamento Europeu e do Conselho. Concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications). Bruxelas, 10 jan. 2017.

16. Metadados são informações que descrevem as características dos dados. Isso pode incluir, por exemplo, metadados estruturais que detalham as estruturas dos dados (ou seja, formato, sintaxe, semântica) e metadados descritivos que descrevem o conteúdo dos dados. NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY (NIST). **NIST Privacy Framework: A Tool for Improving Privacy Through Enterprise Risk Management**, versão 1.0. 16 jan. 2020.

17. Segundo Batista, os metadados também merecem tutela jurisdicional, especialmente porque compõem micro fragmentos digitais que, quando cruzados, podem reidentificar um indivíduo. BATISTA, Anderson. Metadados e o Dilema de Collingridge: como compatibilizar novas tecnologias e direitos fundamentais na sociedade da informação. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, 16(8), 11321–11337, 2023.

18. Sobre a proteção de dados pessoais no Setor de Telecomunicações no Brasil, ver: CONEXIS BRASIL DIGITAL. **Código de boas práticas de proteção de dados para o setor de telecomunicações**, 2022.

19. No contexto atual, cabe destacar que a Comissão Europeia tem desempenhado um papel proeminente no avanço da agenda digital, refletido em uma série de iniciativas recentes. Em fevereiro de 2024, apresentou um conjunto de medidas para promover a inovação, segurança e resiliência das infraestruturas digitais na Europa. Essas iniciativas visam sustentar a competitividade futura da economia europeia, proporcionando conectividade rápida, segura e amplamente disseminada para suportar tecnologias emergentes como telemedicina, condução automatizada e agricultura de precisão. O pacote inclui um Livro Branco sobre as necessidades de infraestrutura digital da Europa, uma Recomendação sobre a segurança e resiliência das infraestruturas de cabos submarinos, e propostas para criar uma Rede de Computação Colaborativa Conectada ("3C Network") para impulsionar o desenvolvimento de tecnologias inovadoras e aplicações de IA. Ver: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_941.

20. UNIÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento 2017/0003 (COD) do Parlamento Europeu e do Conselho. Concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications). Bruxelas, 10 jan. 2017.

21. A Diretiva ePrivacy de 2002 é um importante instrumento legal para a privacidade na era digital, especialmente no que diz respeito à confidencialidade das comunicações e às regras sobre rastreamento e monitoramento. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. ePrivacy Directive. European Data Protection Supervisor, 2024. Disponível em: https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/eprivacy-directive_en. Acesso em: 12 ago. 2024.

22. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L 201, 31 jul. 2002.

23. EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE. **Reform of the e-Privacy Directive**, 2017.

24. UNIÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento 2017/0003 (COD) do Parlamento Europeu e do Conselho. Concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications). Bruxelas, 10 jan. 2017.

25. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L 201, 31 jul. 2002.

26. UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). Jornal Oficial da União Europeia, L 201, 31 jul. 2002.

27. EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE. **Reform of the e-Privacy Directive**, 2017.

28. UNIÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento 2017/0003 (COD) do Parlamento Europeu e do Conselho. Concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications). Bruxelas, 10 jan. 2017.

29. Cookie é um pequeno arquivo de dados criado por um servidor da internet durante a navegação em um site. Esse arquivo é armazenado no navegador e reenviado ao servidor sempre que há acesso ao site. O principal objetivo dos cookies é permitir que o servidor reconheça o navegador. Sites utilizam cookies para identificar e monitorar usuários, atualizar preferências ou armazenar informações inseridas anteriormente, como nomes, endereços e senhas. CORNELL LAW SCHOOL. Cookie. **Legal Information Institute**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/cookie>. Acesso em: 13 ago. 2024.

30. EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE. **Reform of the e-Privacy Directive**, 2017.

31. Sobre o tema, destaca-se a situação na Polônia e como o novo regulamento pode assegurar a uniformidade. Conforme Artur Salbert, a lei polonesa não está atualmente alinhada com a legislação da UE. Embora seja necessário modificar a legislação polonesa para garantir essa compatibilidade, não há planos para tal no momento. Essa inconsistência poderá ser solucionada com a aprovação de um novo regulamento da UE sobre a proteção de dados nas comunicações eletrônicas, que substituirá a Diretiva 2002/58/CE e será automaticamente aplicável em todos os Estados-Membros, incluindo a Polônia. SALBERT, Artur. Compatibility of Polish Law with EU Law Concerning the Use of Electronic Communications Means for Direct Marketing Purposes. **Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies**, v. 12, n. 19, 2019.

32. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L 201, 31 jul. 2002.

33. UNIÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento 2017/0003 (COD) do Parlamento Europeu e do Conselho. Concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications). Bruxelas, 10 jan. 2017.

34. EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE. **Reform of the e-Privacy Directive**, 2017.

35. MARIMOM, Cristina. **Future privacy rules for a Digital EU**. Disponível em: <https://www.telefonica.com/en/communication-room/blog/future-privacy-rules-for-a-digital-eu/>. Acesso em 12 de junho de 2024.

36. UNIÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento 2017/0003 (COD) do Parlamento Europeu e do Conselho. Concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications). Bruxelas, 10 jan. 2017.

37. FUTURECOM. **Os desafios do uso de dados no setor de telecomunicações**. Disponível em: <https://digital.futurecom.com.br/tecnologia/os-desafios-do-uso-de-dados-no-setor-de-telecomunicacoes>. Acesso em 15 de junho de 2024.

38. UNIÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento 2017/0003 (COD) do Parlamento Europeu e do Conselho. Concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications). Bruxelas, 10 jan. 2017.

39. UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, L 119, 4 maio 2016, p. 1.

40. Segundo Cristiana Marimon, “adicionar regulamentações setoriais em uma espécie de “lasanha regulatória” não é a maneira ideal de enfrentar desafios específicos. Ao analisar alguns instrumentos legislativos, pode-se deduzir que o legislador pensou: “a dupla regulamentação protege melhor”, como se quisessem traduzir o provérbio alemão ‘*Doppel genäht hält es besser*’ (melhor prevenir do que remediar).” MARIMOM, Cristina. **Future privacy rules for a Digital EU**. Disponível em: <https://www.telefonica.com/en/communication-room/blog/future-privacy-rules-for-a-digital-eu/>. Acesso em: 12 jun. 2024.

41. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L 281, 23 nov. 1995.

42. Antes da sua adoção pelo RGPD, as opções de portabilidade de dados eram oferecidas apenas de forma voluntária na União Europeia (UE), já que que nenhuma disposição na legislação da UE prescrevia tal prática (NEBBIAI, Matteo. “Intermediaries do matter: voluntary standards and the Right to Data Portability”. **Internet Policy Review** 11.2 (2022). Web. 7 Sep. 2022.).

43. UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, L 119, 4 maio 2016, p. 1.

44. A portabilidade de dados também foi adotada por outros países, tais como, China, Tailândia, Zâmbia, Panamá e Benim. ONETRUST. **Comparing Privacy Laws**. <https://www.dataguidance.com/comparisons/comparing-privacy-laws>.

45. A Web 3.0 (*Semantic Web technologies integrated into, or powering, large-scale Web applications*) pode ser entendida como o fenômeno em que os indivíduos deixam de ser usuários e passam a fazer parte das aplicações, sendo produtores e beneficiários do Big Data. BOUCHAGIAR, George. Privacy and Web 3.0: Implementing Trust and Learning From Social Networks. **Review of European Studies**, vol. 10, n. 4, 2018.

46. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to data portability**. Brussels: European Commission, 2016, p. 4.

47. A portabilidade pode ser entendida também como um direito de uma nova geração (MONTELEONE, Andrea Giulia. Il Diritto Alla Portabilità Dei Dati. Tra Diritti Della Persona e Diritti Del Mercato. **LUISS Law Review**, 2/2017, p. 202.).

48. A esse respeito, cita-se a seguinte reportagem: <https://www.la Tribune.fr/opinions/la-portabilite-des-donnees-un-levier-citoyen-pour-la-transition-ecologique-854175.html>

49. GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; VAN DEN BOOM, Jasper. Spill-Overs in Data Governance: The Relationship Between the GDPR’s Right to Data Portability and EU Sector-Specific Data Access Regimes, **TILEC Discussion Paper No. DP 2019-005**, 2019.

50. A título de exemplo, um consumidor poderá desejar portar seus dados e migrar para outro serviço inteligente de abastecimento de alimentos, diferente daquele que veio junto com a sua nova geladeira da Amazon. STIGLER COMMITTEE. **Stigler Committe on Digital Platforms**: Final Report. <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>. Acesso em: 11 dez. 2021.

51. Sistemas de Gestão de Informações Pessoais (ou PIMS - Personal Information Management Systems) oferecem mecanismos suportados por tecnologia que permitem aos indivíduos intermediar, monito-

rar e controlar como seus dados são acessados, utilizados ou compartilhados. JANSSEN, H.; SINGH, J. Personal Information Management Systems. **Internet Policy Review**, [online], v. 11, n. 2, 2022.

52. Um painel de controle (ou dashboard) é uma interface gráfica que agrega e exibe informações e dados de forma visual e organizada. Ele funciona como um mecanismo de relatório que compila métricas e indicadores-chave, permitindo que sejam analisados rapidamente por diversos públicos. GARTNER. Dashboards. **Information Technology Glossary**. Disponível em: <https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/dashboard>. Acesso em: 13 ago. 2024.

53. CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE). **Making data portability more effective for the digital economy**. Disponível em: https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/cerre_making_data_portability_more_effective_for_the_digital_economy_june2020.pdf. Acesso em: 6 jul. 2020.

54. A criação de soluções técnicas para o fomento dos PIMS é destacada no documento elaborado pelo Helsinki EU Office. HELSINKI EU OFFICE. **Data agile economy from reactive to proactive approach for the benefit of the citizens**. Disponível em: https://helsinki.eu/wp-content/uploads/2020/05/Data-agile-Economy_From-reactive-to-proactive-approach-for-the-benefit-of-the-citizens.pdf. Acesso em: 6 jul. 2020.

55. EDPS. **Personal Information Management Systems**. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/21-01-06_techdispatch-pims_en_0.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

56. Para uma maior análise do tema do tema, ver: CRAVO, Daniela Copetti. **Direito à Portabilidade de Dados**: Interface entre Defesa da Concorrência, do Consumidor e Proteção de dados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

57. A portabilidade de dados é diferente de outras modalidades de portabilidade, como a de telefonia. Isso ocorre porque a portabilidade de dados, como um direito do titular previsto no RGPD ou na LGPD, não implica necessariamente o encerramento da relação, mas sim o acesso a uma cópia dos dados para reuso no âmbito doméstico ou por outro controlador.

58. O Open Banking “consubstancia-se na imposição legal e mais especificamente regulatória setorial pela qual as instituições financeiras devem permitir a portabilidade, assim como a interoperabilidade dos seus sistemas, assegurando-se a proteção dos dados, isto é, portanto, do trinômio portabilidade-interoperabilidade-proteção de dados pessoais.” TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 4, p. 1977, 2020.

59. Ver: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openfinance>

60. Essas propostas de compartilhamento de dados em mercados regulados é uma das possíveis abordagens que podem ser empregadas para aprimorar o acesso, o compartilhamento e a reutilização de dados ao longo do contínuo processo de abertura de dados. Assim como a própria abertura de dados, o acesso e o compartilhamento de dados não devem ser vistos como um conceito binário “fechado versus aberto”. Em vez disso, é um espectro com vários graus de abertura. Isso varia do acesso e reutilização internos (limitados ao detentor dos dados), passando pelo acesso e compartilhamento externo restrito (unilateral e multilateral), até culminar em dados abertos - a forma mais extrema de abertura de dados. OECD. **Enhancing Access to and Sharing of Data**: Reconciling Risks and Benefits for Data Re-use across Societies, OECD Publishing, Paris, 2019.

61. GOV.UK. Open Communications A Smart Data scheme for the UK telecoms market. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/open-communications-a-smart-data-scheme-for-the-uk-telecoms-market>. Acesso em: 12 jun. 2024.

62. GOV.UK. Open Communications A Smart Data scheme for the UK telecoms market. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/open-communications-a-smart-data-scheme-for-the-uk-te>

lecoms-market. Acesso em: 12 jun. 2024.

63. GOV.UK. Open Communications A Smart Data scheme for the UK telecoms market. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/open-communications-a-smart-data-scheme-for-the-uk-telecoms-market>. Acesso em: 12 jun. 2024.

64. GOV.UK. Open Communications A Smart Data scheme for the UK telecoms market. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/open-communications-a-smart-data-scheme-for-the-uk-telecoms-market>. Acesso em: 12 jun. 2024.

REFERÊNCIAS

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to data portability**. Brussels: European Commission, 2016.

BATISTA, Anderson. Metadados e o Dilema de Collingridge: como compatibilizar novas tecnologias e direitos fundamentais na sociedade da informação. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, 16(8), 11321–11337, 2023.

BOUCHAGIAR, George. Privacy and Web 3.0: Implementing Trust and Learning From Social Networks. **Review of European Studies**, v. 10, n. 4, 2018.

CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE). **Making data portability more effective for the digital economy**. Disponível em: https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/cerre_making_data_portability_more_effective_for_the_digital_economy_june2020.pdf. Acesso em: 6 jul. 2020.

CONEXIS BRASIL DIGITAL. **Código de boas práticas de proteção de dados para o setor de telecomunicações**, 2022.

CORNELL LAW SCHOOL. Cookie. **Legal Information Institute**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/cookie>. Acesso em: 13 ago. 2024.

CZARNOCKI, Jan. Electronic Communication Confidentiality in ePrivacy Regulation: How to Protect Privacy and Personal Autonomy Without Hampering AI Solutions Development, **Studia Iuridica LXXXVI**, 2020.

EDPS. **Personal Information Management Systems**. Disponível em: https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/21-01-06_techdispatch-pims_en_0.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. ePrivacy Directive. European Data Protection Supervisor, 2024. Disponível em: https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/eprivacy-directive_en. Acesso em: 12 ago. 2024.

EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE. **Reform of the e-Privacy Directive**, 2017.

FUTURECOM. **Os desafios do uso de dados no setor de telecomunicações**. Disponível em: <https://digital.futurecom.com.br/tecnologia/os-desafios-do-uso-de-dados-no-setor-de-telecomunicacoes>. Acesso em: 15 jun. 2024.

GARTNER. Dashboards. **Information Technology Glossary**. Disponível em: <https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/dashboard>. Acesso em: 13 ago. 2024.

GOV.UK. **Open Communications A Smart Data scheme for the UK telecoms market**. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/open-communications-a-smart-data-scheme-for-the-uk-telecoms-market>. Acesso em: 12 jun. 2024.

GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; VAN DEN BOOM, Jasper. *Spill-Over in Data Governance: The Relationship Between the GDPR's Right to Data Portability and EU Sector-Specific Data Access Regimes*, **TILEC Discussion Paper No. DP 2019-005**, 2019.

HAAN, K. The real risks of public Wi-Fi: key statistics and usage data. **Forbes**. Disponível em: <https://www.forbes.com/advisor/business/public-wifi-risks/>. Acesso em: 13 ago. 2024.

HELSINKI EU OFFICE. **Data agile economy from reactive to proactive approach for the benefit of the citizens**. Disponível em: https://helsinki.eu/wp-content/uploads/2020/05/Data-agileEconomy_From-reactive-to-proactive-approach-for-the-benefit-of-the-citizens.pdf. Acesso em: 6 jul. 2020.

JANSSEN, H.; SINGH, J. Personal Information Management Systems. **Internet Policy Review**, [online], v. 11, n. 2, 2022.

MARIMOM, Cristina. **Future privacy rules for a Digital EU**. Disponível em: <https://www.telefonica.com/en/communication-room/blog/future-privacy-rules-for-a-digital-eu/>. Acesso em: 12 jun. 2024.

MONTELEONE, Andrea Giulia. *Il Diritto Alla Portabilità Dei Dati. Tra Diritti Della Persona e Diritti Del Mercato*. **LUISS Law Review**, 2/2017.

NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY (NIST). **NIST Privacy Framework: A Tool for Improving Privacy Through Enterprise Risk Management**, versão 1.0. 16 jan. 2020.

NEBBIAI, Matteo. "Intermediaries do matter: voluntary standards and the Right to Data Portability". **Internet Policy Review** 11.2 (2022). Web. 7 Sep. 2022..

OECD. **Enhancing Access to and Sharing of Data: Reconciling Risks and Benefits for Data Re-use across Societies**, OECD Publishing, Paris, 2019.

OECD. **Enhancing Competition In Telecommunications: Protecting And Empowering Consumers**, 2009.

ONETRUST. **Comparing Privacy Laws**. <https://www.dataguidance.com/comparisons/comparing-privacy-laws>.

SALBERT, Artur. Compatibility of Polish Law with EU Law Concerning the Use of Electronic Communications Means for Direct Marketing Purposes. **Yearbook Of Antitrust and Regulatory Studies**, v. 12, n. 19, 2019.

SCORSIM, Ericson. Competência da Anatel para outorgar e fiscalizar os serviços de acesso à internet: Limites e Possibilidades. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 21, p. 201-220, 2015.

SRIDHAR, V. Over-the-Top (OTT) Services—Should They Be Regulated Much like Telecom Services?. *In: Emerging ICT Policies and Regulations*. Springer, Singapore, 2019.

STIGLER COMMITTEE. **Stigler Committe on Digital Platforms: Final Report**. <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>. Acesso em: 11 dez. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A Governança Não Estatal da Internet e o Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, set./dez. 2015.

TRINIDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 4, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 281, 23 nov. 1995.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 201, 31 jul. 2002.

UNIÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento 2017/0003 (COD) do Parlamento Europeu e do Conselho. Concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications). Bruxelas, 10 jan. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). *Jornal Oficial da União Europeia*, L 119, 4 maio 2016, p. 1.

WONG, Rebecca; GARRIE, Daniel. Privacy in Electronic Communications: The Regulation of VoIP in the EU and the United States. **Computer Telecommunications Law Review**, v. 2009, p. 139-146, 2009.

YASAR, K.; GILLIS, A. S. **Definition:** Internet of Things (IoT). Disponível em: <https://www.techtarget.com/iotagenda/definition/Internet-of-Things-IoT>. Acesso em: 13 ago. 2024.

Recebido em: 01/07/2024

Aceito em: 24/09/2024

EM BUSCA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O PAPEL DAS CIDADES: UM ESTUDO SOBRE MAXIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA DA TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA NO MUNICÍPIO DO CABO DE SANTO AGOSTINHO – PE À LUZ DA LEI DO SANEAMENTO LEI N.º 11.445/2007

In search of sustainable development and the role of cities: a study on maximizing the efficiency of the Public Cleaning Fee in the Municipality of Cabo de Santo Agostinho – PE in light of the Sanitation Law No. 11.445/2007

Rosa Maria Freitas Nascimento

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Atualmente é professora da Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisadora na área de Direito Internacional e orientadora no Programa de Bolsa de Iniciação Científica (PIBIC) da Universidade Católica de Pernambuco. Advogada pública concursada da Prefeitura do Cabo de Santo Agostinho (PE, Brasil) e Advogada.

Resumo

No Brasil, recentemente, o marco legal da Lei do Saneamento, Lei n.º 11.445/2007, com redação dada pela Lei 14.026/2020, inscrito nessa sistemática de tratamento de resíduos trouxe algumas inovações: possibilidade de investimentos privados na forma de Parcerias Público Privada - PPP, metas de saneamento e a possibilidade de cobrança pelo custeio dos serviços de coleta de resíduos sólidos domiciliares a partir do consumo de água e energia. Embasada nessa possibilidade, e considerando que a técnica de exação fiscal prevista seria a mais adequada por vincular o consumo de água e a produção de resíduos sólidos urbanos, foi produzido esse estudo. Um ponto diferencial da abordagem ora proposta é que a articulista é servidora pública que atua na área e conhece a realidade do município e acompanha a prestação dos serviços de limpeza pública e de abastecimento. De certa forma, podemos considerar que metodológica se caracteriza pela ótica de um observador – participante da pesquisa. Debate-se os fundamentos legais, a técnica atual de cobrança do município do Cabo de Santo Agostinho - PE e se enfrenta pontos sobre as possibilidades de alteração normativa.

Palavras-chaves: Lei n.º 11.445/2007. Taxa de Limpeza Pública. Desenvolvimento social e ambiental.

Abstract

In Brazil, recently, the legal framework of the Sanitation Law, Law No. 11,445/2007, as amended by Law 14,026/2020, included in this waste treatment system brought some innovations: the possibility of private investments in the forms of Public Partnerships Private - PPP, sanitation targets and the possibility of charging for the cost of household solid waste collection services based on water and energy consumption. Based on this possibility, and considering that the planned tax collection technique would be the most appropriate as it links water consumption and the production of solid urban waste, this study was produced. A differentiating point of the approach proposed here is that the writer is a public servant who works in the area and knows the reality of the municipality and monitors the provision of public cleaning and supply services. In a way, we can consider that methodological is characterized by the perspective of an observer – research participant. The legal foundations are debated, the current collection technique of the municipality of Cabo of Santo Agostinho - PE and points are faced about the possibilities of regulatory change.

Keywords: Law n.º 11.445/2007. Public Cleaning Fee. Social and environmental development.

Sumário:

Apresentação; 1. Marco legal da cobrança da TLP/TSD e sua legalidade e obrigatoriedade; 2. Funcionamento do sistema de cobrança no Cabo de Santo Agostinho – PE pela Lei Municipal nº. 1993/2001 (Código Tributário Municipal); 3. Avaliação da conformação e da eficiência em números de 2021 a 2022; 4. Proposta legais de alteração das regras de cobrança e maximização da eficiência através do consumo de água/esgoto; 5. Análises das formas de principais formas de cobrança seus benefícios e dificuldades; 5.1 Cobrança a partir da conta de luz; 5.2 Avaliação a partir da cobrança na conta de água; 6. Recomendações e atuações para melhoria no município; 7. Conclusão; 8. Notas; Referências

APRESENTAÇÃO

Um dos maiores desafios dos últimos anos é a questão ambiental. Aos economistas, cientistas políticos e os estudiosos de políticas públicas se faz a mesma pergunta: como manter índices de desenvolvimento com preservação do meio ambiente? A resposta não é fácil, porque além da mudança de hábitos domiciliares a empresariais, precisa-se mudar as normas jurídicas e promover uma gestão compartilhada e divisão dos custos para minimizar os desafios de preservação do meio ambiente com inclusão social e produtiva.

O Clube de Roma¹ que muito influenciou a Conferência de Estocolmo de 1972 anunciava um alerta fundamental: os recursos naturais são finitos. As perguntas que se seguiram foram as mais diversas: será que existe um limite para o crescimento econômico? Será que o sistema capitalista está perto do fim? Entre outros inconvenientes constatou-se que a ação do homem sobre o meio ambiente alterou os ecossistemas, o que já foi comprovado pela ciência sobre o aquecimento global, lixos nos oceanos e diminuição de espécies da fauna e da flora.

Os alertas para a forma de exploração predatória do capitalismo sobre o meio ambiente vieram de vários autores: destaca-se a visão de Elmar Altvater partidário do socialismo ecológico, para quem somente é possível salvar o planeta mudando a forma que se produz, quem produz e para quem se produz. Mas hoje em moda a sigla ESG – *Environmental, Social and Governance*, que pode ser traduzida por governança social e ambiental, sinaliza um novo modelo de exploração de recursos, com diminuição e compensação do impacto ambiental, com melhoria da qualidade de vida das pessoas e racionalização dos usos dos bens naturais disponíveis.

Segundo os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS 6 – Água e Saneamento Básico a serem atingidos até 2023:

6.1 Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo a água potável e segura para todos.

6.2 Até 2030, alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade.

6.3 Até 2030, melhorar a qualidade da água, reduzindo a poluição, eliminando despejo e minimizando a liberação de produtos químicos e materiais perigosos, reduzindo à metade a proporção de águas residuais não tratadas e aumentando substancialmente a reciclagem e reutilização segura globalmente.

6.4 Até 2030, aumentar substancialmente a eficiência do uso da água em todos os setores e assegurar retiradas sustentáveis e o abastecimento de água doce para enfrentar a escassez de água, e reduzir substancialmente o número de pessoas que sofrem com a escassez de água.

6.5 Até 2030, implementar a gestão integrada dos recursos hídricos em todos os níveis, inclusive via cooperação transfronteiriça, conforme apropriado.

6.6 Até 2020, proteger e restaurar ecossistemas relacionados com a água, incluindo montanhas, florestas, zonas úmidas, rios, aquíferos e lagos.

6.a Até 2030, ampliar a cooperação internacional e o apoio à capacitação para os países em desenvolvimento em atividades e programas relacionados à água e saneamento, incluindo a coleta de água, a dessalinização, a eficiência no uso da água, o tratamento de efluentes, a reciclagem e as tecnologias de reuso.

6.b Apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais, para melhorar a gestão da água e do saneamento.

Mais detidamente, no âmbito das cidades sustentáveis prevê que a ODS -11²

Meta 11.6

• Nações Unidas

Até 2030, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, inclusive prestando especial atenção à qualidade do ar, gestão de resíduos municipais e outros.

• Brasil

Até 2030, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, melhorando os índices de qualidade do ar e a gestão de resíduos sólidos; e garantir que todas as cidades com acima de 500 mil habitantes tenham implementado sistemas de monitoramento de qualidade do ar e planos de gerenciamento de resíduos sólidos.

• Indicadores

11.6.1 - Proporção de resíduos sólidos urbanos regularmente coletados e com destino final adequado no total de resíduos sólidos urbanos gerados, por cidades.

11.6.2 - Nível médio anual de partículas inaláveis (ex: com diâmetro inferior a 2,5µm e 10µm) nas cidades (população ponderada).

No Brasil recentemente o marco legal da Lei do Saneamento, LEI Nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei 14.026/2020, inscrito nessa sistemática de tratamento de resíduos trouxe algumas inovações: possibilidade de investimentos privados na forma de Parceria Público Privada - PPP, metas de saneamento, entre outras. Nessa lógica de transformação da percepção da atuação no setor privado, também são necessárias melhorias nas políticas públicas, fontes de custeio e repartição social dos ônus, penalização dos poluidores (poluidor pagador) e técnicas de redução da produção de resíduos sólidos.

Prevê que

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais”

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente;

Mas se alerta aqui para a previsão de que os municípios devam instituir mecanismos de custeio da limpeza pública, que pode ser na forma de tarifas (para as concessões de serviços públicos) ou taxas, conforme o art. 35 da referida lei.

Todos os municípios foram obrigados a instituir mecanismo de custeio até janeiro de 2022. As alterações da lei do saneamento também trouxeram novidades na forma de cobrança do tributo. Esse ponto será explorado no item 4 do texto.

Nos pontos que seguem serão debatidos os resultados da pesquisa que foi realizado enquanto pesquisadora participante, tendo em vista que pesquisadora atua como advogada efetiva, junto ao consultivo e contencioso municipal. São objetivos deste texto demonstrar que a melhor técnica de exação fiscal para custeio da coleta domiciliar de resíduos sólidos é através do volume consumido de água e que os municípios precisariam alterar suas bases de cobrança locais para melhorar a eficiência da arrecadação e também para desestimular a poluição e o desperdício de água.

Para tanto debateremos o marco legal de cobrança mais praticado que é justamente atrelado ao Imposto Territorial Rural, em geral, na mesma guia de recolhimento e tomando por métrica de taxação a área construída. E ao final, apresentaremos as razões que consideramos mais eficientes de cobrança a partir do marco legal adotado no Cabo de Santo Agostinho - PE, como estudo de caso.

1. MARCO LEGAL DA COBRANÇA DA TLP/TSD E SUA LEGALIDADE E OBRIGATORIEDADE

Inicialmente, a disputa girou em torno se a cobrança pelo serviço de limpeza pública na forma de taxa era legal. O debate culminou com a Súmula vinculante 19, com enunciado que segue: “A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal”. Assim, desde a data da aprovação em Sessão Plenária de 29/10/2009, não se discute mais a sua legalidade.

Segundo a enciclopédia jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: “A Taxa de Limpeza Pública – TLP tem como fato gerador a prestação ou a colocação à disposição dos contribuintes dos serviços municipais, específicos e divisíveis, de coleta e remoção de lixo, coleta especial e eventual de lixo e colocação de recipientes coletores de lixo”.³

Outros nomes são usados para esta taxa sem que se mude o seu sentido jurídico, como Taxa de Resíduos Sólidos Domiciliares – TSD. Mas não se muda a substância de sua cobrança. Não se encontrou na pesquisa a cobrança do serviço através de tarifa, já que em geral esse serviço é prestado pelo próprio ente público, e não se tem conhecimento nenhum caso de concessão ou delegação desse serviço de coleta de resíduos sólidos, apesar de ser possível.

Mas voltando a questão TLP ou TSD, a discussão inicial era como se daria a cobrança. Observou-se que o debate se centrou sobre a construção de uma sistemática de cobrança e de cálculo a partir da área construída e tamanho do imóvel. A cobrança ocorre junto com o lançamento do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) na maioria dos casos, como é a situação do município em análise. Geralmente, com um único lançamento anual, devendo se facultar ao contribuinte a possibilidade de fazer o pagamento em apartado, através de lançamento próprio. O que macularia a validade do lançamento no mesmo boleto seria a ausência de identificação e devida informação ao contribuinte, como se fosse um único tributo.

Um ponto gerou controvérsia: a fórmula de cálculo do tributo. Observou-se que muitos textos utilizam parte da fórmula que seria usada para o cálculo do IPTU. Isso gerou o debate do STF que culminou no Tema 146 que fixou o entendimento:

Além disso, no que diz respeito ao argumento da utilização de base de cálculo própria de impostos, o Tribunal reconhece a constitucionalidade de taxas que, na apuração do montante devido, adote um ou mais dos elementos que compõem a base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e a outra. [...] O que a CF/1988 reclama é a ausência de completa identidade com a base de cálculo própria dos impostos e que, em seu cálculo, se verifique uma equivalência razoável entre o valor pago pelo contribuinte e o custo individual do serviço que lhe é prestado. [RE 576.321 QO-RG, voto do rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 4-12-2008, DJE 30 de 13-2-2009, Tema 146.]

Mais adiante o STF sedimentou o entendimento:

[...] esta Corte **consolidou o entendimento de que é constitucional a taxa de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral.** [...] No que se refere à alegação da impossibilidade de se ter a metragem do imóvel como base de cálculo da taxa em tela, o Supremo Tribunal Federal consignou a constitucionalidade da utilização da área do imóvel como base de cálculo do referido tributo. [...] Por fim, reafirmo que incidem no presente caso as Súmulas Vinculantes 19 e 29 [...]. [RE 901.412 AgR, voto do rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 27-10-2015, DJE 249 de 11-12-2015.] (grifos e negritos nossos)

Os lugares que instituíram a cobrança levaram em conta a área do imóvel na composição da base de cálculo, apesar de esse não ser o único elemento.⁴ Como as limitações ao poder de tributar veda a cobrança de taxa com a mesma base de cálculo de imposto (IPTU, no caso), pareceu à primeira vista que o tributo poderia conter algum elemento de inconstitucionalidade. Apesar de opinião desta estudiosa de que a fórmula de cálculo mais comum atrelando ao tamanho da área não seja a melhor técnica.

Um ponto importante são os serviços de limpeza de vias públicas, capinação e etc, por terem natureza indivisível não podem ser cobrados dos contribuintes, nem podem ser repassados seus custos para os administrados, sendo atividade típica da administração. Então, caberia conceber que os projetos executivos para as licitações de coleta de lixo domiciliar e limpeza pública levassem em conta duas fórmulas: os custos com a coleta e destinação dos resíduos sólidos domiciliares e os custos com os serviços públicos de limpeza das áreas públicas de uso comum do povo. Estes não podem ser repassados aos contribuintes.

A obrigatoriedade de cobrança pela realização do serviço de coleta e destinação dos resíduos sólidos domiciliares foi prevista no marco legal do saneamento, cujas consequências serão abordadas mais adiante.

2. FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE COBRANÇA NO CABO DE SANTO AGOSTINHO – PE PELA LEI MUNICIPAL Nº. 1993/2001 (CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL)

Seguindo a técnica de cobrança mais comum para a composição do valor devido ao tributo, o município do Cabo de Santo Agostinho instituiu a TLP:

Desta forma, previu o legislador municipal que a:

Art. 107 A Taxa de Limpeza Pública - TLP tem como fato gerador a prestação ou a colocação à disposição dos contribuintes dos serviços municipais, específicos e divisíveis, de:

- I - coleta e remoção de lixo;
- II - coleta especial ou eventual de lixo;
- III - colocação de recipientes coletores de lixo.

Foi mais específico o legislador municipal ao disciplinar o que entende por cobertura dos serviços:

Art. 108 Para fins da Taxa de Limpeza Pública - TLP, entende-se por:

- I - coleta e remoção de lixo o recolhimento, remoção e destinação de lixo, com características e volumes normais dos produzidos por residências, estabelecimentos comerciais, industriais e prestadores de serviço e terrenos, exclusive os rejeitos industriais;

II - coleta especial ou eventual de lixo, o recolhimento, remoção e destinação de lixo que, por suas características e volume, não se enquadra como o especificado no inciso anterior, inclusive entulhos oriundos de poda de árvores, limpeza de terrenos ou demolição e reforma de edificações.

III - colocação de recipientes coletores de lixo a disponibilização, para uso individual ou coletivo de contribuintes e por sua solicitação, de recipiente coletor de lixo, observada a disponibilidade do equipamento necessário por parte do Município.

O conceito de limpeza pública não está restrito ao recolhimento de resíduos sólidos. Isso é importante porque o limite para a arrecadação da taxa é a totalidade dos custos do ente público despendido na realização do serviço de coleta e destinação dos resíduos sólidos domiciliares, não o total de custos do contrato. Para tanto o legislador municipal acrescentou:

Art. 109 O custo despendido com a atividade da limpeza pública será dividido proporcionalmente às áreas ou testadas dos imóveis, situados em locais em que se dê a atuação da Prefeitura.

O sujeito passivo do tributo, de acordo com o art. 111, é o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor do imóvel situado em logradouro em que haja a efetiva prestação ou a colocação à sua disposição dos serviços previstos no inciso I do art. 107 desta Lei ou o beneficiário dos serviços referidos nos incisos II e III do mesmo dispositivo.

Um problema importante da cobrança deste tributo é juntamente com o carnê de Imposto Predial Rural – IPTU já que o inadimplemento termina sendo dos dois tributos, já que lançados em um único boleto de cobrança. Outro desafio de todos os municípios é manter o cadastro atualizado dos possuidores e demais detentores do domínio útil.

No Cabo de Santo Agostinho – PE, o lançamento do tributo é anual, o município adota a seguinte fórmula:

Art. 113 A Taxa de Limpeza Pública - TLP é devida pela prestação ou colocação à disposição dos contribuintes dos serviços referidos no "caput" do artigo anterior e será calculada de acordo com a seguinte fórmula:

$TLP = Fc \times Ei \times Ui$, onde:

Fc - Fator de coleta de lixo, conforme especificado no anexo I - B - 1, 2, 3, 4, 5 e 6;

Ei - Fator de enquadramento do imóvel em razão da área construída (Ac), quando edificado, ou testada fictícia (TF), quando não edificado, conforme especificado nos anexos I - D - 1 a 22 desta Lei;

Ui - Fator de utilização do imóvel, subdividido em residencial; comercial e pessoas jurídicas de direito público; hotéis, motéis, bares e restaurantes; hospitalar e industrial e terrenos, conforme especificado no anexo I - C - 1, 2, 3, 4, 5 e 6 desta Lei.

§ 1º Na hipótese de utilização diversificada do imóvel, será aplicado o maior fator de utilização do imóvel (Ui) no cálculo da Taxa de Limpeza Pública - TLP.

§ 2º Será reduzida em 50% (cinquenta por cento) a Taxa de Limpeza Pública - TLP para os imóveis não edificados que possuam muros e, quando situados em logradouro provido de meio-fio, também possuam calçadas.

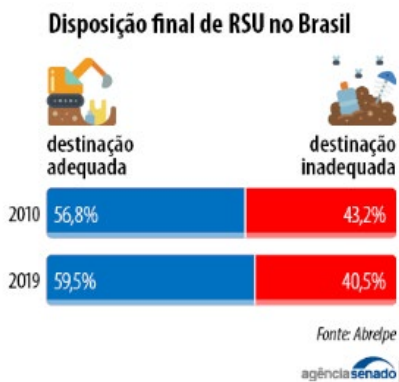
Observamos também que a eventualidade da prestação do serviço pode ser objeto de lançamento em apartado. Na forma do art. 114 da mesma lei, para o caso de coletas excepcionais.

3. AVALIAÇÃO DA CONFORMAÇÃO E DA EFICIÊNCIA EM NÚMEROS DE 2021 A 2022 DA PRODUÇÃO BRASILEIRA DE RESÍDUOS

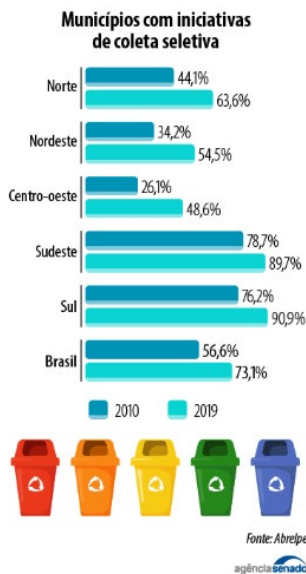
No Brasil, nos últimos anos houve um crescente aumento da produção de resíduos sólidos urbanos.⁵



Outros pontos importantes dos estudos são a ausência de destinação adequada dos resíduos e da utilização do potencial econômico que poderia ser extraído da reciclagem.



Além dos problemas econômicos manifestos, como a ausência de destinação adequada compromete a saúde coletiva, contamina os recursos hídricos etc. Avaliando a situação por região também não há dados acalentadores já que nenhuma sequer chega a 50% de coleta seletiva.



Analisando os dados do município do Cabo de Santo Agostinho são ruins em todos os aspectos, como podemos visualizar no observatório do INFOSANBAS,⁶ observamos que não discrepa muito da realidade nacional.⁷

Sobre a coleta de resíduos domiciliares no município observamos por tonelada de resíduos domiciliares: (a) 2020: 60.722,53 toneladas; (b) 2021: 63.406,00 toneladas; e 2022: 60.286,26 toneladas.⁸

Analisando a realidade local, o total de gastos com os dois principais contratos (coleta e destinação final) no município do Cabo de Santo Agostinho foi o montante de R\$ 67.713.718,37 em 2022. As atividades desenvolvidas pela municipalidade compreendem a cadeia prevista na Lei do Saneamento, qual seja:

Art. 3º-C. Consideram-se serviços públicos especializados de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos as atividades operacionais de coleta, transbordo, transporte, triagem para fins de reutilização ou reciclagem, tratamento, inclusive por compostagem, e destinação final dos:

I - resíduos domésticos;

II - resíduos originários de atividades comerciais, industriais e de serviços, em quantidade e qualidade similares às dos resíduos domésticos, que, por decisão do titular, sejam considerados resíduos sólidos urbanos, desde que tais resíduos não sejam de responsabilidade de seu gerador nos termos da norma legal ou administrativa, de decisão judicial ou de termo de ajustamento de conduta; e

III - resíduos originários dos serviços públicos de limpeza urbana, tais como:

a) serviços de varrição, capina, roçada, poda e atividades correlatas em vias e logradouros públicos;

b) asseio de túneis, escadarias, monumentos, abrigos e sanitários públicos;

c) raspagem e remoção de terra, areia e quaisquer materiais depositados pelas águas pluviais em logradouros públicos;

- d) desobstrução e limpeza de bueiros, bocas de lobo e correlatos;
- e) limpeza de logradouros públicos onde se realizem feiras públicas e outros eventos de acesso aberto ao público; e
- f) outros eventuais serviços de limpeza urbana.

Considerando os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE⁹ que a população do município era de 203.062 até dezembro de 2022 e foi recolhido domiciliar-60.286,26 toneladas, a produção de lixo per capita no município é de 296 Kg. Ainda que abaixo da média brasileira já que o habitante do Cabo tem remuneração média de 2,4 salários mínimos, sendo uma população empobrecida.

Não há no município medidas efetivas para ampliar o recolhimento de resíduos para reciclagem, o que se mostra necessário e urgente.¹⁰ A realidade local se assemelha a boa parte dos municípios do país.

Outro ponto que é representativo é quanto o município arrecada com a TLP. No ano de 2022 foram arrecadados: R\$ 7.154.013,01 (limpeza de imóvel edificado) e R\$ 1.454.937,37 (limpeza de imóvel não edificado). O total de recolhimento foi de R\$ 8.605.950,38 (oito milhões, seiscentos e cinco mil, novecentos e cinquenta reais e trinta e oito centavos).¹¹ O que está muito longe de pagar os custos com os dois principais contratos de mais de R\$ 67 milhões. O que representa somente 12,71% dos gastos.

Entretanto, um ponto importante é que esse contrato tem duas naturezas: a parte das ações que devem ser custeadas através de taxas, que são os serviços de coleta, destino e disponibilidade de coletores para as pessoas físicas e jurídicas tributas pelas taxas; e a parte que deve ser custeada por recursos públicos que são os serviços de limpeza de vias públicas, esgotos, capinação, etc, por serem indivisíveis. Assim, o contrato é custeado em parte pela TLP e uma parte das receitas oriundas de repasses, impostos e receitas que não tenham vinculação entre a cobrança e o serviço, ou ainda entre o repasse e a aplicação obrigatória. A natureza da taxa é o serviço potencial ou efetivo prestado ao contribuinte, assim, precisa ser identificável, isto é, tecnicamente, divisível.

No caso, conhecendo o contrato de limpeza pública, consideramos que certa de 50% das despesas se referem à coleta domiciliar. Esclarecemos que o contrato em vigência hoje tem um objeto muito amplo, por incluir os serviços de limpeza de canais pluviais e outras atividades.

Não se acredita que algum município tenha repassado os custos desses contratos aos contribuintes, apesar do direcionamento legal. Duas medidas devem ser tomadas em conjunto: a redução dos resíduos recolhidos através de medidas de incentivos a diminuição da geração, reciclagem e outras; e a melhoria da eficiência do recolhimento, com aumento da arrecadação e eventualmente do tributo.

4. PROPOSTAS LEGAIS DE ALTERAÇÃO DAS REGRAS DE COBRANÇA E MAXIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA ATRAVÉS DO CONSUMO DE ÁGUA/ESGOTO

Duas formas de cobrança do serviço de limpeza pública são possíveis. A primeira situação é cobrança direta, através da tarifação, em que separa exatamente o recolhido, por meio

de tecnologias para se pesar o lixo produzido por cada domicílio, ou depositado diretamente em lugares específicos e pesado. A segunda forma é a utilização de taxação por via indireta: é o caso da avaliação pelo tamanho do imóvel (que já expomos anteriormente que não parece um critério adequado, apesar do entendimento favorável do STF, pelo fato de não estar associado a função pedagógica de desestímulo para a produção de resíduos) e através do consumo de outros serviços públicos como o de energia elétrica e o de água/esgoto.

O consumo de energia já é utilizado como base de cálculo para o pagamento da Contribuição de Iluminação Pública – CIP. O que é uma boa experiência, com tarifas variáveis de 0 a 7% de acordo com o consumo mensal, conforme a legislação municipal e cobrado diretamente na conta de energia elétrica, sendo responsabilidade da concessionária de distribuição a sua retenção.¹² Mas não consideramos também a melhor alternativa, como delimitamos o objeto de nossa pesquisa sobre a possibilidade de cobrança através do consumo de água, como forma indireta de cálculo da taxa de coleta de resíduos sólidos domiciliares, pelas razões a seguir expostas. Mas sem dúvida a mais eficiente forma de cobrança pela alta cobertura nas zonas rurais, urbanas e áreas de praias.

O sistema de legal de tratamento dos resíduos sólidos urbanos domiciliares e equiparados precisam ser integrados ao conjunto de políticas necessárias à preservação do meio ambiente, em especial, às prescrições previstas na Lei do Saneamento n.º 11.445/07 que aborda o conjunto de serviços de abastecimento público de água potável; coleta, tratamento e disposição final adequada dos esgotos sanitários; drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, além da limpeza urbana e o manejo dos resíduos sólidos, com alterações efetuadas pela Lei n.º 14.026/2020.

Art. 35. As taxas ou as tarifas decorrentes da prestação de serviço de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos considerarão a destinação adequada dos resíduos coletados e o nível de renda da população da área atendida, de forma isolada ou combinada, e poderão, ainda, considerar: (Redação pela Lei n.º 14.026, de 2020)

I - (revogado); (Redação pela Lei n.º 14.026, de 2020)

II - as características dos lotes e as áreas que podem ser neles edificadas; (Redação pela Lei n.º 14.026, de 2020)

III - o peso ou o volume médio coletado por habitante ou por domicílio.

IV - o consumo de água; e (Redação pela Lei n.º 14.026, de 2020)

V - a frequência de coleta. (Incluído pela Lei n.º 14.026, de 2020)

§ 1º Na hipótese de prestação de serviço sob regime de delegação, a cobrança de taxas ou tarifas poderá ser realizada na fatura de consumo de outros serviços públicos, com a anuência da prestadora do serviço. (Redação pela Lei n.º 14.026, de 2020)

§ 2º A não proposição de instrumento de cobrança pelo titular do serviço nos termos deste artigo, no prazo de 12 (doze) meses de vigência desta Lei, configura renúncia de receita e exigirá a comprovação de atendimento, pelo titular do serviço, do disposto no art. 14 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, observadas as penalidades constantes da referida legislação no caso de eventual descumprimento. (Redação pela Lei n.º 14.026, de 2020)

§ 3º Na hipótese de prestação sob regime de delegação, o titular do serviço deverá obrigatoriamente demonstrar a sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços ao longo dos estudos que subsidiaram a contratação desses serviços e deverá comprovar, no respectivo processo administrativo, a existência de recursos suficientes para o pagamento dos valores incorridos na delegação, por meio da demonstração de fluxo histórico e projeção futura de recursos.

Há neste artigo os indicativos de quais os elementos são determinantes para a realização da cobrança do serviço, que pode ser feito através de taxa ou tarifa. O ponto importante dessa sistemática de cobrança é que o sistema trabalha para o estímulo a redução da produção de lixo. Em especial, por atrelar ao consumo de água da residência. A técnica de exação fiscal não é nova, a Contribuição de Iluminação Pública também tem alíquotas variáveis de acordo com o consumo de luz. No modelo, dois princípios constitucionais tributários são atingidos: capacidade contributiva e progressividade. O efeito pedagógico da medida também é importante, pois gera mais consciência comunitária do lixo doméstico que é produzido. Um exemplo que encontramos foi o adotado por Timbó,¹³ localizado no Paraná. Que prevê na Lei Complementar municipal n.º 516/2018:

Art. 8º Para a fixação dos valores devidos pelos contribuintes atinentes à Taxa de Coleta de Resíduos Sólidos Urbanos - TC, adotar-se-á como base de cálculo, a multiplicação de coeficientes, fatores e volume, através da seguinte fórmula:
Taxa = CG*CT*FU*FF *VF Onde:

- a) CG - Coeficiente de Geração de resíduos por volume de água faturado, obtido através da aplicação da seguinte fórmula de cálculo: $CG = [(tonelada \text{ de lixo coletada/habitante/ano}) / (m^3 \text{ de água faturada/habitante/ano})]$;
- b) CT = Custo Total de coleta, transbordo, gerenciamento e disposição final dos resíduos dividido pela quantidade total em toneladas coletada, obtido através da aplicação da seguinte fórmula de cálculo: $CT = (R\$ \text{ custo total/toneladas totais coletadas})$;
- c) FU - Fator de uso referente ao tipo de ocupação da economia (adimensional);
- d) FF - Fator de frequência referente ao intervalo de coleta de resíduos (adimensional); e,
- e) VF - Volume faturado de água por economia (m³/mês).

A partir deste exemplo de instituição, considera-se viável o lançamento da taxa mensal, pois dilui o pagamento e seu peso na renda familiar, alíquotas variáveis atreladas a conta de água, e a coordenação da cobrança com a macro política pública de redução da geração de lixo. Também houve no município de Vargem Grande Paulista – SP, que adota alíquota progressiva conforme o consumo da água:

De acordo com o Projeto de Lei Complementar n.º 06/2021, a taxa do lixo será cobrada pela concessionária de serviço público de saneamento. Os valores serão incluídos na conta da Sabesp, que será responsável pelo cálculo baseado no consumo de água de cada residência.

A cobrança será feita pela Sabesp, tendo como referência a faixa de consumo de água. Por exemplo, imóveis que consomem até 20 m³ de água por mês pagarão R\$8,50/mês, de 21 a 50 m³ a tarifa será R\$10,50 e acima de 51 m³ será cobrado R\$15,00. Estarão isentos da nova taxa imóveis enquadrados pela Sabesp na tarifa social de conta de água.¹⁴

Assim, instituir não é somente uma faculdade, mas um dever do município que deve adotar por parâmetro o consumo de água e a geração de resíduos. Mas o qual o valor? Parece que o parâmetro máximo é bem claro: a totalidade dos gastos com o custeio do serviço prestado pelo ente público, seja ele por delegação ou não. Porém, o custo é alto, bem difícil de ser totalmente repassado ao administrado logo de imediato ou a médio prazo.

Considera-se que atuação em duas frentes: a redução dos custos com serviço, mediante a adoção de práticas sustentáveis, como reciclagem, redução da produção de resíduos por empresas e particulares, a compostagem e etc; e o repasse dos custos a longo prazo. Além dessas duas frentes, o município precisa fortalecer os catadores de lixo, através de assistência técnica e fomento, e adotar uma robusta política coordenada. Enquanto es-

crevamos este artigo, estava em processo de licenciamento uma empresa especializada em tratar e receber os resíduos sólidos inertes, classe 2, ou seja, aqueles decorrentes de atividades de construção civil.

5. ANÁLISES DAS PRINCIPAIS FORMAS DE COBRANÇA, SEUS BENEFÍCIOS E DIFICULDADES

5.1 COBRANÇA A PARTIR DA CONTA DE LUZ

Observamos algumas vantagens na cobrança através da conta de energia elétrica: (a) a cobertura do serviço de iluminação pública em todas as regiões do município, assim não haveria o problema de se cobrar na região rural coberta pelo serviço de coleta; (b) a qualidade da governança da concessionária de serviços públicos; (c) facilidade para o adimplemento da obrigação, já que é mais difícil uma família não usar o serviço.

Os pontos negativos seriam: (a) não ser o ideal como política pública, já que a lei do saneamento prevê a confluência das medidas; (b) maior pressão sobre o contribuinte que já tem a CIP cobrada na conta de luz; (c) a litigiosidade existente entre o município e a concessionária sobre o recolhimento da CIP, em que se debate a alegação que não seria a concessionária substituta tributária, devendo, portanto, receber pelo "auxílio" na atividade de processamento da conta.

Observamos, porém, que o Código Tributário Municipal, Lei n.º 1993/2001, conforme tabela (Anexo 1-A) da Lei n.º 2.148/2003, já traz as regras para os cálculos com tarifas específicas para a CIP. Porém em consulta ao Grupo Neoenergia,¹⁵ concessionária estadual, fomos informados que, apesar da regulação da ANNEL, Resolução Normativa n.º 1.047, de 8 de novembro de 2022, ainda não houve nenhuma experiência dessa no país. De forma que não existiria viabilidade imediata de realização do convênio.

A sistemática simplificada com valores nominais é interessante, pela facilidade em que é feito o lançamento. Todavia, identificamos que outros locais utilizam mais percentuais. Uma desvantagem da tabela nominativa seria a necessidade de todos os anos haver a atualização dos valores.

5.2 AVALIAÇÃO A PARTIR DA COBRANÇA NA CONTA DE ÁGUA

Para a construção de uma base legal adequada a partir do consumo de água precisamos tratar de alguns elementos: (1) cobertura da Companhia Pernambucana de Abastecimento - COMPESA na área urbana e se essa cobertura coincide com a disponibilidade com a oferta do serviço de coleta de lixo; (2) como deve se dar a cobrança dos imóveis com uso de poço artesiano e/ou suprimidos da rede de abastecimento de água; (3) as áreas sem cobertura da Companhia Pernambucana de Abastecimento - COMPESA, em especial, o bairro de Enseada dos Corais; (4) o padrão de consumo de água dos municípios; (5) que o valor da arrecadação seja igual ou superior aos valores hoje recebidos, para não incorrer em renúncia de receita; e (6) se a empresa de saneamento se interessaria em ser parceira e qual o valor que lhe seria pago através de convênio para a inclusão da cobrança e rateio de dados de consumo para essa finalidade.

A única grande desvantagem da cobrança na conta de água é a governança da Companhia Pernambucana de Abastecimento - COMPESA, que pouco se distingue das demais empresas públicas encarregadas no abastecimento de água e na construção das galerias pluviais (esgotos) no Brasil, em especial, nas regiões nordeste e norte. Ainda estamos muito atrasados na agenda ecológica e na promoção de esgotamento sanitário adequado no Brasil, conforme previsto na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas - NU.

O Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB consiste no planejamento integrado do saneamento básico considerando quatro eixos: abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, e possui o horizonte de 2033.¹⁶

Na questão do abastecimento,¹⁷ a cobertura do sistema supera a média nacional:



Já a cobertura da coleta de resíduos sólidos é bem eficiente, conforme Sdados. Destaco que há sim cobertura em parte da zona rural no contrato, apesar dos dados não terem sido citados.



Uma observação importante é que a concessionária de abastecimento não pode ser considerada substituta tributária no presente caso, já que a ação de cobrança não tem relação com o fato gerador, e a própria Lei do Saneamento prevê a possibilidade de que seja realizado acordo técnico para a realização da cobrança, conforme a Resolução n.º 79/2021 da Agência Nacional de Água – ANA.

Assim, solicitamos dados a COMPESA para a construção de uma proposta de cobrança e outras recomendações.

6. RECOMENDAÇÕES E ATUAÇÕES PARA MELHORIA NO MUNICÍPIO

Em análise dos dados sobre a situação da política de saneamento temos,¹⁸ consoante o Senso do IBGE de 2022:¹⁹

Indicadores	SITUAÇÃO
Possui Política Municipal de Saneamento?	NÃO
Possui Plano Municipal de Saneamento?	NÃO
Possui Conselho Municipal de Saneamento?	NÃO
Possui Fundo Municipal de Saneamento?	NÃO
Houve debates e audiências públicas nos últimos 12 meses para questões relacionadas ao saneamento?	NÃO
Houve consultas públicas nos últimos 12 meses para questões relacionadas ao saneamento?	NÃO
Houve Conferência das Cidades nos últimos 4 anos?	SIM
Há sistema de informações de caráter público sobre os serviços de saneamento?	NÃO
Possui ouvidoria ou central de atendimento ao cidadão para recebimento de reclamações ou manifestações sobre os serviços de saneamento?	SIM

A primeira recomendação é justamente desenvolver esses parâmetros legais que faltam ao município.

A segunda questão são os ajustes nos contratos de coleta e destinação de resíduos sólidos: (a) dividir em duas fórmulas de cálculo a coleta domiciliar (que deve ser custeada pelo usuário) e o serviço público de limpeza (que deve ser custeado pelo município) o que deve constar no próximo termo de referência; (b) ampliar a coleta seletiva no contrato e criar pontos de descarte voluntário de eletrônicos e outros; e (c) melhorar a fiscalização e a correta coleta e destinação da construção civil. Uma campanha educativa permanente é importante para difundir a cultura do correto descarte de resíduos.

Quanto aos parâmetros legais para o custeio através da cobrança de taxa mensal dos contribuintes temos as seguintes sugestões:

- Pessoas jurídicas públicas e privadas

Destacamos que os empreendimentos comerciais e industriais que pagariam as taxas são somente aqueles que possam ser equiparados a geradores domiciliares, assim defini-

dos pelo poder público municipal. Esses são equiparados por exclusão, ou seja, aqueles que não são obrigados por lei a ter um plano de gerenciamento de resíduos sólidos, conforme art. 20 da Lei 12.305/2010.²⁰

- Instituição de tarifas específicas para os detentores de boxes nos mercados municipais, *food trucks* e comerciantes de rua.

7. CONCLUSÃO

O estudo visou apresentar os tópicos fundamentais sobre a Taxa de Limpeza Pública e como ela é cobrada no município. Considerando que sua instituição foi antes dos marcos legais do saneamento e apesar de não haver qualquer ilegalidade na forma de cobrança atual, o estudo tem por objetivo ofertar uma sistemática legal de cobrança mais adequada aos modelos de gestão e cobrança do serviço.

Apesar da maior facilidade de gestão por parte da concessionária de energia, não haveria muito sua indicação tendo em vista que atualmente o município contende em decorrência da substituição tributária prevista na lei municipal sobre a Contribuição de Iluminação Pública - CIP e na consulta que realizamos também não há ainda uma posição manifesta no sentido das concessionárias aderirem ao sistema. Apesar da governança da COMPESA não ser das melhores, ainda é uma alternativa mais viável do que a cobrança do atrelada ao IPTU.

Concluimos que são parâmetros que devem ser respeitados para a composição dos preços dos serviços:

- O teto máximo da arrecadação com a TLP/TSD é o valor que o município gasta com a coleta e destinação de resíduos sólidos domiciliares;
- O montante previsto de arrecadação com a mudança na sistemática da cobrança deve ser, ao menos, o valor arrecadado no ano fiscal anterior para não configurar renúncia de receita;
- A imunidade tributária é somente de impostos, de forma que órgãos públicos, igrejas e associações devem pagar TLP;
- A cobrança pode ser diferenciada conforma a destinação econômica da atividade: residencial, público, comercial ou industrial;
- Em razão da destinação do imóvel, consideramos que deve ser gradativa a taxação;
- A instituição de redução da taxa por interesse social para aqueles que preencham os requisitos, deve ser avaliada e fixados os critérios de sua previsão;
- A cobrança é devida para todos aqueles que fazem uso do serviço, inclusive nos imóveis rurais e periurbanos cobertos pela coleta.

8. NOTAS

1. O Clube de Roma é hoje uma organização não governamental (ONG) que teve início em abril de 1968 como um pequeno grupo de 30 profissionais empresários, diplomatas, cientistas, educadores, humanistas, economistas e altos funcionários governamentais de dez países diversos que se reuniram para tratar

de assuntos relacionados ao uso indiscriminado dos recursos naturais do meio ambiente em termos mundiais. Disponível em: <https://blog.portaleducacao.com.br/entendendo=-o-clube-de-roma-de-1972-#:~:text=O%20clube%20de%20Roma%20%C3%A9%20uma%20ONG&text=A%20sede%20atual%20encontra%2Dse,tudo%20isso%20a%20n%C3%ADvel%20mundial>.

2. Adotada em setembro de 2015 por 193 Estados Membros da ONU (UN General Assembly Resolution 70/1), a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável resultou de um processo global participativo de mais de dois anos, coordenado pela ONU, no qual governos, sociedade civil, iniciativa privada e instituições de pesquisa contribuíram através da Plataforma 'My World'. Sua implementação teve início em janeiro de 2016, dando continuidade à Agenda de Desenvolvimento do Milênio (2000-2015), e ampliando seu escopo. Abrange o desenvolvimento econômico, a erradicação da pobreza, da miséria e da fome, a inclusão social, a sustentabilidade ambiental e a boa governança em todos os níveis, incluindo paz e segurança. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods11.html>.

3. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/299/edicao-1/taxa#:~:text=Os%20servi%C3%A7os%20p%C3%ABlicos%20a%20que,cada%20um%20dos%20seus%20usu%C3%A1rios%E2%80%9D>.

4. No mais, consoante a legalidade das fórmulas de cobrança das taxas que, na apuração do montante devido, adotem um ou mais elementos que compõem a base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e outra, são constitucionais (Súmula Vinculante 29 do STF). [RE 613.287 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 2-8-2011, DJE 159 de 19-8-2011.]

5. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/06/aumento-da-producao-de-lixo-no-brasil-requer-acao-coordenada-entre-governos-e-cooperativas-de-catadores>

6. Atualmente a Comunidade Gestora do Infosnbas é composta pelos seguintes atores: – Departamento de Engenharia de Saúde Pública (DENSP) da FUNASA/Ministério da Saúde; – Departamento de Engenharia Sanitária e Ambiental (DESA) da Escola de Engenharia da UFMG; – Cooperativa EITA – Educação, Informação e Trabalho para Autogestão. Disponível em: <https://infosnbas.org.br/municipio/cabo-de-santo-agostinho-pe/>

7. Esclarecemos que o volumoso é o total recolhido e transportado para o destino final. Mas, para fins de custeio através da TLP/TSD somente será considerado as toneladas de resíduos domiciliares. Assim, pode ser compreendido que o município retirou mais resíduos nas ruas, porém não se sabe quanto desse recolhimento é de resíduos de construção civil e etc, que infelizmente, por cultura local, não é a retirada através de empresa especializada. Porém, obviamente parte desses resíduos são decorrentes de limpeza das vias públicas, que se trata de obrigação da municipalidade. Essa inconstância da pesquisa não prejudica a análise, já que o valor recolhido não custeia o contrato, como explicaremos adiante. As informações apresentadas constam para acompanhamento da administração e estão disponíveis para a população interessada mediante requerimento.

8. Dados solicitados diretamente ao setor e que se encontram na plataforma do Sistema Nacional de Saneamento – SNIS.

9. Dados do IBGE. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pe/cabo-de-santo-agostinho/panorama>.

10. Disponível em: <https://www.aguaesaneamento.org.br/municipios-e-saneamento/pe/cabo-de-santo-agostinho>.

11. Dados obtidos junto à Secretaria Executivos de Finanças Públicas e disponíveis a pedido por qualquer interessando. Não consta nos sítios eletrônicos dos municípios.

12. A substituição tributária da empresa da concessionária de energia elétrica para o recolhimento da CIP está sendo debatida no judiciário. As concessionárias alegam que são estranhas à relação jurídica, por isso não são substitutos tributários; já os municípios alegam que são não, com base no parecer exarado pela Advocacia Geral da União. Para as concessionárias deveria haver o pagamento de um valor

pela realização do serviço de cobrança. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=obriga%C3%A7%C3%A3o+de+reten%C3%A7%C3%A3o+e+recolhimento+do+tributo+cip>.

13. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/t/limbo/lei-complementar/2018/52/516/lei-complementar-n-516-2018-regulamenta-o-servico-de-coleta-e-disposicao-final-de-residuos-solidos-urbanos-no-municipio-de-timbo-cria-a-taxa-de-coleta-de-residuos-solidos-urbanos-tc-e-altera-as-leis-complementares-n-142-de-21-de-dezembro-de-1998-e-n-212-de-21-de-dezembro-de-2001>.

14. Disponível em: <https://www.vargemgrandepaulista.sp.gov.br/site/lei-federal-obriga-cidades-brasileiras-a-criar-taxa-do-lixo/#:~:text=Os%20munic%C3%ADpios%20brasileiros%20t%C3%AAm%20at%C3%A9,3A%20de%20coleta%20de%20res%C3%ADduos>.

15. A reunião foi realizada no dia 18 de outubro de 2023, contou com a presença de representantes da concessionária, esta articulista e o Secretário Municipal de Gestão Pública.

16. Disponível em: <https://www.ana.gov.br/saneamento/onde-queremos-chegar#:~:text=Em%202033%2C%2099%25%20dos%20brasileiros,ao%20tratamento%20de%20esgotamento%20sanit%C3%A1rio>.

17. Disponível em: <https://www.aguaesaneamento.org.br/municipios-e-saneamento/pe/cabo-de-santo-agostinho>.

18. Anualmente, municípios e prestadores são convocados a fornecer dados sobre a situação dos 4 componentes do Saneamento e que alimentam a base de dados do SNIS. O envio desses dados padronizados é essencial para que o município receba incentivos e financiamento do governo federal. Para a pesquisa sobre Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário os dados são fornecidos pelos prestadores de serviço, enquanto as informações de Drenagem e Águas e Pluviais, assim como Resíduos Sólidos são fornecidos pelo município.

19. IBGE. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pe/cabo-de-santo-agostinho/panorama>.

20. Art. 20. Estão sujeitos à elaboração de plano de gerenciamento de resíduos sólidos:

I - os geradores de resíduos sólidos previstos nas alíneas “e”, “f”, “g” e “k” do inciso I do art. 13;

II - os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços que:

a) gerem resíduos perigosos;

b) gerem resíduos que, mesmo caracterizados como não perigosos, por sua natureza, composição ou volume, não sejam equiparados aos resíduos domiciliares pelo poder público municipal;

REFERÊNCIAS

ALTVATER, Elmar. Os desafios da globalização e da crise ecológica para o discurso da democracia e dos direitos humanos. In: HELLER, Agnes *et al.* **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

BRASIL. Resolução Normativa ANEEL n° 1.047/2022.

BRASIL. Resolução Normativa ANA n.º 79/2021.

BRASIL. LEI Nº 11.445/2007 (Lei do Saneamento).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). RE 613.287 AgR. Relator: Min. Luiz Fux, 2 de agosto de 2011. **DJE 159**, 19 ago. 2011.

BRASIL. SNIS (Sistema Nacional de Saneamento).

IBGE. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pe/cabo-de-santo-agostinho/panorama>.

CABO DE SANTO AGOSTINHO. Lei n.º 1.993/2001 (Código Tributário Municipal).

INSTITUTO ÁGUA E SANEAMENTO. Disponível em: <https://www.aguaesaneamento.org.br/municipios-e-saneamento/pe/cabo-de-santo-agostinho>. Acesso em: 27 nov. 2023.

PAULA, Eline Silva de; BARROS JUNIOR, Clodomir Pereira de; BARBOZA, Aldemir Dantas. Plano de gestão de resíduos sólidos urbanos: algumas diretrizes para o município do Cabo de Santo Agostinho/ PE. Disponível em: <http://observatorioriogeograficoamericalatina.org.mx/egal13/Procesosambientales/Ecologia/21.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2027.

PLANSAB. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Disponível em: <https://www.ana.gov.br/saneamento/onde-queremos-chegar#:~:text=Em%202033%2C%2099%25%20dos%20brasileiros,ao%20tratamento%20de%20esgotamento%20sanit%C3%A1rio>.

PORTAL DA EDUCAÇÃO. Disponível em: <https://blog.portaleducacao.com.br/entendendo-o-clube-de-roma-de-1972/#:~:text=O%20clube%20de%20Roma%20%C3%A9%20uma%20ONG&text=A%20sede%20atual%20encontra%20De,tudo%20isso%20a%20n%C3%ADvel%20mundial>. Acesso em: 27 nov. 2023.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/06/aumento-da-producao-de-lixo-no-brasil-requer-acao-coordenada-entre-governos-e-cooperativas-de-catadores>.

TAVARES, Graciane Sousa Cunha. **Contribuição para a sustentabilidade na gestão dos resíduos sólidos urbanos nos municípios da região metropolitana do Recife (RMR) - 2018.** (DISSERTAÇÃO DE MESTRADO).

TIMBO. LEI COMPLEMENTAR N.º 516/2018. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/t/timbo/lei-complementar/2018/52/516/lei-complementar-n-516-2018-regulamenta-o-servico-de-coleta-e-disposicao-final-de-residuos-solidos-urbanos-no-municipio-de-timbo-cria-a-taxa-de-coleta-de-residuos-solidos-urbanos-tc-e-altera-as-leis-complementares-n-142-de-21-de-dezembro-de-1998-e-n-212-de-21-de-dezembro-de-2001>.

VARGEM GRANDE PAULISTA. Disponível em: <https://www.vargemgrandepaulista.sp.gov.br/site/lei-federal-obriga-cidades-brasileiras-a-criar-taxa-do-lixo/#:~:text=Os%20munic%C3%ADpios%20brasileiros%20t%C3%AAm%20at%C3%A9,tarifa%3A%20de%20coleta%20de%20res%C3%ADduos>.

Recebido em: 27/11/2023

Aceito em: 26/09/2024

POLÍTICA NACIONAL DE DIREITOS DAS POPULAÇÕES ATINGIDAS POR BARRAGENS: APLICABILIDADE RETROATIVA DA LEI NOS DESASTRES DE MARIANA E BRUMADINHO

National Policy on the Rights of Populations Affected by Dams: Retroactive Application of the Law in the Cases of Mariana and Brumadinho

Marcelo Kokke

Pós-doutor em Direito Público - Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela – ES. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio. Especialista em processo constitucional. Pós-graduado em Ecologia e Monitoramento Ambiental. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União (MG, Brasil). Professor da Faculdade Dom Helder Câmara. Professor colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil.

Júlia Maria Ramalho Lisboa

Graduada em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do grupo de pesquisa Instrumentos Econômicos de Desenvolvimento Sustentável. Estagiária de pós-graduação no Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMAR) (MG, Brasil).

Resumo

Este artigo investiga a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PNAB) e sua aplicação retroativa nos casos dos desastres de Mariana e Brumadinho. A análise explora como a política pode garantir indenizações, compensações e participação das comunidades afetadas em processos de reparação que ocorreram antes da promulgação da legislação. Ao examinar esses casos emblemáticos, o estudo também aborda os desafios enfrentados na implementação da lei e sugere maneiras de fortalecer sua eficácia e promover justiça social. Utilizando uma abordagem qualitativa, o estudo avalia casos específicos e analisa a aplicação prática da PNAB, identificando desafios na execução e as respostas das comunidades impactadas. Os resultados destacam avanços significativos, mas também evidenciam lacunas na implementação e na efetividade das medidas de proteção. Conclui-se que para alcançar uma verdadeira justiça social e ambiental é crucial um contínuo esforço de aprimoramento da PNAB, com ênfase na participação efetiva das comunidades afetadas e no fortalecimento das medidas de fiscalização e compensação.

Palavras-chave: Dano ambiental. Barragens de mineração. Reparação. Direitos dos atingidos.

Abstract

This article investigates the National Policy on the Rights of Populations Affected by Dams (PNAB) and its retroactive application in the cases of the Mariana and Brumadinho disasters. The analysis explores how the policy can ensure compensations, reparations, and participation of affected communities in reparation processes that occurred before the legislation was enacted. Examining these emblematic cases, the study also addresses challenges in implementing the law and suggests ways to strengthen its effectiveness and promote social justice. Using a qualitative approach, the study evaluates specific cases and analyzes the practical application of PNAB, identifying challenges in execution and responses from impacted communities. The results highlight significant progress but also reveal gaps in implementation and the effectiveness of protective measures. It is concluded that achieving true social and environmental justice requires continuous improvement of PNAB, emphasizing effective participation of affected communities and strengthening oversight and compensation measures.

Keywords: Environmental damage. Mining dams. Reparation. Rights of those affected.

Sumário:

1.Introdução; 2. Os desastres; 3. A Trajetória e implementação da Política Nacional de Direitos das populações atingidas por barragens (PNAB); 4. A (IR)Retroatividade da Política Nacional de Direitos das populações atingidas por barragens nos casos de Brumadinho e Mariana; 5. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A série de desastres ambientais decorrentes do rompimento das barragens em Mariana, em 2015, e em Brumadinho, em 2019, figura como episódios sombrios na história contemporânea do Brasil, amplamente reconhecidos por sua magnitude devastadora e impacto humano profundo. Desastres são definidos, nos termos do art. 1º, parágrafo único, inciso V, da Lei n. 12.608/12, em redação conferida pela Lei n. 14.750/23, como resultado de evento adverso, de origem natural ou induzido pela ação humana, sobre ecossistemas e populações vulneráveis que causa significativos danos humanos, materiais ou ambientais e prejuízos econômicos e sociais. Enquanto desastre é um conceito jurídico em sua implicação, catástrofe e tragédia refletem a compreensão dos reflexos econômicos e sociais de eventos de alta implicação danosa na sociedade. Esses eventos não apenas expuseram a fragilidade das estruturas regulatórias existentes, mas também provocaram uma reflexão urgente sobre a necessidade de um marco legal sólido para proteger e garantir os direitos das comunidades afetadas por barragens.

Diante desse cenário, a aprovação da Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PNAB), no final de 2023, representa um avanço significativo na busca por justiça e reparação para aqueles impactados por tais catástrofes. Este artigo busca explorar a trajetória legislativa e os debates que culminaram na criação da PNAB, analisar sua aplicabilidade aos casos de Mariana e Brumadinho, e discutir as implicações jurídicas de sua implementação no contexto das barragens no Brasil.

A necessidade de uma política específica para atender aos direitos das populações atingidas por barragens já vinha sendo debatida há anos, impulsionada pelo Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) e outros atores sociais. No entanto, foi após os desastres da Samarco e da Vale que essa demanda ganhou maior urgência e visibilidade, culminando na elaboração e aprovação de um marco legal que visa assegurar direitos, compensações e participação ativa das comunidades afetadas. A PNAB emerge como uma resposta legislativa a anos de negligência e lacunas na proteção dos direitos das populações impactadas por barragens.

O primeiro capítulo desta pesquisa visa fornecer um breve panorama sobre os desastres de Mariana e Brumadinho. A abordagem incluirá uma análise da evolução dos esforços de reparação e mitigação dos danos causados por esses desastres, destacando os desafios enfrentados pelas comunidades afetadas e as respostas governamentais e da sociedade civil para lidar com essas tragédias ambientais e sociais de grande magnitude.

O segundo capítulo desta pesquisa busca apresentar a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens e seus principais pontos. Serão discutidas as diretrizes fundamentais dessa política, incluindo medidas de reparação, mecanismos de partici-

pação das comunidades afetadas, e as disposições específicas para garantir justiça e mitigação dos impactos socioambientais decorrentes da construção e operação de barragens. O objetivo é oferecer uma compreensão abrangente das normativas e estratégias propostas pela PNAB, destacando seu papel na proteção dos direitos das populações impactadas e na promoção de práticas mais seguras e responsáveis no setor de barragens no Brasil.

O terceiro capítulo deste estudo visa explorar a questão da (ir)retroatividade da Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens nos casos de Brumadinho e Mariana. Serão examinadas as implicações legais e sociais dessa política, especialmente no que diz respeito à sua aplicação aos desastres que ocorreram antes de sua promulgação. Este capítulo busca esclarecer se a PNAB, mesmo não sendo retroativa, consegue efetivamente abordar as demandas de justiça e reparação das comunidades afetadas pelos eventos catastróficos, contribuindo para um debate informado sobre os limites e alcances dessa legislação frente aos desafios históricos.

Este estudo se debruça sobre a análise das disposições da PNAB, suas diretrizes e mecanismos de participação e reparação, bem como sobre os desafios e limitações impostos pelo princípio da irretroatividade das leis, compreendido como vedação de aplicação da norma a casos ou fatos anteriores ao seu início de vigência. Busca-se, assim, responder se a aplicação dessa normativa aos desastres de Mariana e Brumadinho realmente infringe o princípio da irretroatividade, causando insegurança jurídica, além de contribuir para o entendimento das implicações da PNAB na construção de um cenário mais justo e seguro para as populações afetadas por barragens no Brasil.

2. OS DESASTRES

No ano de 2024, 9 anos após desastre promovido pela Samarco e 5 anos após o desastre promovido pela Vale, as comunidades afetadas continuam enfrentando grandes dificuldades e ainda aguardam respostas adequadas. Estes desastres não são apenas marcas indelévels na paisagem brasileira, mas também cicatrizes profundas na vida de milhares de pessoas, cujas vidas foram drasticamente alteradas pela devastação ambiental e humana desencadeada. O rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho não foi apenas uma falha estrutural, mas uma falha moral que expôs a negligência, a impunidade e a vulnerabilidade de populações inteiras frente aos interesses econômicos desmedidos.

O intervalo de três anos entre os desastres de Mariana e Brumadinho deveria ter sido utilizado para implementar mudanças significativas na segurança das atividades minerárias no Brasil. Essas medidas poderiam ter protegido tanto o meio ambiente quanto as pessoas envolvidas, prevenindo a tragédia subsequente em Brumadinho (Armada, 2021). No entanto, conforme reconhecido publicamente pelo próprio ex-presidente da Vale logo após o desastre de Brumadinho, a empresa pouco aprendeu com o incidente anterior (Oliveira; Oliveira, 2019), ao menos com medidas efetivamente eficazes para serem obstáculos a novos desastres ou exposição desmedida de risco.

O rompimento da Barragem de Fundão, propriedade da Samarco S/A, ocorreu em 5 de novembro de 2015. A Samarco, fundada em 1977, é controlada por um empreendimento conjunto (*joint venture*) entre a BHP Billiton e a Vale S/A, formando o maior empreendimento

minerador do mundo (Lima; Rodrigues; Santos, 2019). Este desastre ambiental, considerado o maior do Brasil, liberou um mar de lama de rejeitos de minérios que atingiu mais de 40 cidades, matou 19 pessoas e impactou a fauna e a flora do Rio Doce por 660 km entre Minas Gerais e Espírito Santo (Augusto, 2018).

Sabe-se que o rompimento envolveu as barragens de Fundão e Santarém, ambas localizadas na Mina Germano, no subdistrito de Bento Rodrigues, em Mariana. Essas duas barragens eram utilizadas para a acomodação dos rejeitos provenientes da extração de minério de ferro (Lima; Rodrigues; Santos, 2019). O subdistrito de Bento Rodrigues, localizado no distrito de Santa Rita Durão, situado a pouco mais de 5 km das barragens e 35 km da sede de Mariana, foi quase integralmente coberto por uma inundação de água, lama e detritos decorrente do rompimento da barragem (Armada, 2021).

O desastre ambiental de Mariana é registrado como um dos maiores da história mundial em termos de volume de lama despejada e distância percorrida. Segundo o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), ocorreu o vazamento de aproximadamente 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração. Esse evento trágico resultou na perda de vidas humanas, animais e vegetação, devastando completamente o ecossistema local e causando impactos ambientais e sociais de proporções devastadoras (Lima; Rodrigues; Santos, 2019). A magnitude do desastre é exemplificada pela comparação com outros eventos semelhantes ao redor do mundo. O volume de rejeitos liberados em Mariana, estimado entre 50 e 60 milhões de metros cúbicos, equivale à soma dos dois maiores desastres anteriores nas Filipinas, ocorridos em 1982 e 1992, que totalizaram volumes de 28 milhões e 32,2 milhões de metros cúbicos de lama, respectivamente (Armada, 2021).

Apesar das medidas prometidas para evitar novos desastres após a tragédia de Mariana, em 5 de novembro de 2015, outra grande catástrofe ocorreu em 25 de janeiro de 2019, desta vez em Brumadinho, também envolvendo a empresa Vale S/A. A proximidade geográfica de Brumadinho, apenas 149 km de Mariana, sublinha a triste repetição histórica que assola Minas Gerais (Lima; Rodrigues; Santos, 2019).

A barragem em Brumadinho, construída em 1976 com capacidade de 12 milhões de metros cúbicos, estava desativada desde 2015 e não recebia mais rejeitos (Armada, 2021). Embora tenha liberado uma quantidade menor de rejeitos em comparação ao desastre de Mariana, cerca de 12 milhões de metros cúbicos (EMG, 2024), o evento resultou em um número significativamente maior de vítimas. A enxurrada de lama destruiu casas, uma pousada, propriedades rurais, um refeitório, entre outros locais (Lima; Rodrigues; Santos, 2019), causando 272 mortes e deixando 11 pessoas desaparecidas (EMG, 2024; Dupin; Pereira, 2022). O rompimento da barragem em Brumadinho é considerado o maior acidente de trabalho na história do Brasil e o mais mortal na mineração em nível mundial (Armada, 2021).

Apesar da tragédia de Brumadinho ser mais recente, os avanços nos acordos de reparação superam os de Mariana, em determinados aspectos. O acordo pós-tragédia avaliado em R\$ 37,68 bilhões com a Vale inclui medidas socioeconômicas, como transferência de renda e microcrédito, e socioambientais, focadas na recuperação da fauna, flora e

segurança hídrica na bacia do Rio Paraopeba (Rodrigues, 2024). Entre os dois desastres, nota-se uma disparidade evidente no andamento dos acordos, com Brumadinho avançando de forma mais ágil e abrangente, enquanto Mariana enfrenta uma situação mais burocrática e lenta, com negociações interrompidas devido a divergências sobre o montante de R\$ 42 bilhões proposto pela Samarco e seus acionistas (Rodrigues, 2024). É preciso pontuar a extrema diversidade entre os desastres, sendo que os danos e prejuízos ambientais e socioeconômicos no caso de Mariana sejam muito superiores aos do caso de Brumadinho, no qual a catástrofe humanitária propriamente dita prepondera. A dimensão de espaço impactada e a diversidade de ecossistemas atingidos é indicativa dessa diferença profunda.

Essa discrepância nos acordos de reparação entre Brumadinho e Mariana destaca não apenas as diferenças na resposta e na eficiência das medidas adotadas, mas também ressalta os desafios persistentes na gestão de crises socioambientais no Brasil. Enquanto Brumadinho avança rumo à reconstrução e reparação dos danos, Mariana ainda enfrenta obstáculos significativos que prolongam o processo de recuperação. Esses desafios são causados em larga escala pela resistência provocada pela empresa BHP Billiton, que ainda se inclina de assumir responsabilidades de resposta no Brasil, embora enfrente processos congêneres na Europa com diversos graus de sensibilidade institucional voltada para a reparação dos danos.

Os desastres de Mariana e Brumadinho foram catalisadores para a criação de uma política nacional destinada a proteger e garantir os direitos das populações afetadas por barragens no Brasil. É imperativo que medidas eficazes sejam implementadas para reparar devidamente os danos às comunidades atingidas por essas tragédias e para prevenir a repetição desses eventos devastadores, promovendo segurança ambiental e social duradouras. A Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens representa um passo crucial nessa direção, garantindo que as vozes das comunidades vulneráveis sejam ouvidas e respeitadas nas decisões que moldam seus destinos e o ambiente ao seu redor.

3. A TRAJETÓRIA E IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE DIREITOS DAS POPULAÇÕES ATINGIDAS POR BARRAGENS (PNAB)

O termo “desastre socioambiental” não é meramente uma expressão verbal, mas uma categoria jurídica que autoriza a aplicação de normas e a gestão de relações emergenciais e reconstrutivas, considerando a magnitude dos danos causados nas interações entre humanos e o meio ambiente (Kokke, 2019). A Lei n. 12.068, de 10 de abril de 2012, foi alterada pela Lei n. 14.750, de 12 de dezembro de 2023, de modo a definir o que seja desastre e o que seja acidente, buscando assim alcançar maior clareza conceitual. Essa concertação está afinada com as disposições da Lei n. 12.334, de 20 de setembro de 2010, a Lei da Política Nacional de Segurança de Barragens, alterada pela Lei 14.066, de 30 de setembro de 2020.

Em ponto comum desses diplomas, desastre é concebido como resultado de evento adverso, de origem natural ou induzido pela ação humana, sobre ecossistemas e populações vulneráveis que causa significativos danos humanos, materiais ou ambientais e prejuízos econômicos e sociais. Quanto ao comprometimento da integridade estrutural com liberação incontrolável do conteúdo do reservatório, ocasionado pelo colapso parcial ou total

da barragem ou de estrutura anexa, é este definido em si como acidente. Se os fatos são ou não crimes, o tema é afeto ao direito penal. O ponto chave é entender que os conceitos e definições em questão estão ligadas ao Direito Ambiental e ao Direito dos Desastres, que se concentram nos impactos e danos além das respectivas reparações e propagação de sanções administrativas sancionadoras. A clareza conceitual é importante para tematizar os âmbitos reparatórios voltados tanto para os ecossistemas quanto em favor dos atingidos propriamente ditos.

É justamente nesse quadro conceitual que se deve compreender os impactos dos desastres sobre as populações atingidas. Após anos de debates nos âmbitos Legislativo e Executivo, a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PNAB) foi aprovada no final de 2023, Lei n. 14.755, de 15 de dezembro. Este processo teve início na Câmara dos Deputados em 2015, impulsionado pela publicação de uma cartilha pelo Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) em 2013. Em resposta ao desastre da Vale em Brumadinho, um grupo de deputados de Minas Gerais elaborou o Projeto de Lei 2788 em maio de 2019, que foi aprovado com urgência devido à intensa pressão social. Após uma extensa jornada legislativa no Senado, o projeto alcançou sua aprovação final em novembro de 2023, seguida pela sanção presidencial no mês subsequente.

Este avanço resulta de uma longa trajetória de reivindicações das comunidades impactadas, especialmente após os desastres de Mariana e Brumadinho, que evidenciaram a necessidade de um arcabouço legal para proteger populações tanto dos desastres em questão quanto de outros que porventura ocorram. Almejou-se igualmente uma rede de previsibilidade e segurança, a impedir incertezas e instabilidades individuais, familiares e coletivas. Sob a liderança do MAB, a mobilização dessas comunidades foi crucial para a formulação e aprovação da PNAB, visando assegurar direitos e reparações justas para aqueles afetados pela construção e operação de barragens no Brasil.

O artigo 1º da Lei da Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens aplica-se às barragens enquadradas na Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB). As suas disposições aplicam-se ao licenciamento ambiental de barragem e aos casos de emergência decorrente de vazamento ou rompimento dessa estrutura, nos termos do regulamento. A política representa um marco importante no Brasil, consolidando um conjunto abrangente de direitos que incluem indenizações e compensações tanto para indivíduos quanto para comunidades afetadas.

A legislação assegura que as populações atingidas tenham participação ativa nas negociações com autoridades governamentais e empresas privadas, em todas as fases dos empreendimentos que envolvam barragens, desde desastres até sua construção, operação e desativação. Além disso, resguardam-se os atingidos com assistência técnica e jurídica voltada para reverter as situações de vulnerabilidade pressupostas na Lei. Entre suas diversas conquistas, a PNAB unifica esses direitos em todo o território nacional, define claramente o conceito de impacto, estabelece responsabilidades claras para as empresas responsáveis pelos danos e orienta diretrizes específicas para a reparação dos impactos causados.

Além de garantir esses direitos, as comunidades afetadas têm acesso a diversas formas de reparação conforme estabelecido na PNAB, adaptadas às necessidades específicas dos grupos e indivíduos impactados. Isso inclui a reposição de bens danificados, indenização em dinheiro, compensação em outras formas de bens ou situações, e compensação social adicional, proporcionando benefícios materiais adicionais às formas de reparação mencionadas. Adicionalmente, a Lei 14.755, de 15 de dezembro de 2023, estrutura mecanismos de participação popular, promovendo uma abordagem inclusiva e democrática ao processo de gestão e mitigação dos impactos das barragens:

Art. 3º São direitos das PAB, consoante o pactuado no processo de participação informada e negociação do Programa de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PDPAB) no caso concreto:

I - reparação por meio de reposição, indenização, compensação equivalente e compensação social [...];

II - reassentamento coletivo como opção prioritária, de forma a favorecer a preservação dos laços culturais e de vizinhança preexistentes na situação original [...];

VI - auxílio emergencial nos casos de acidentes ou desastres, que assegure a manutenção dos níveis de vida até que as famílias e indivíduos alcancem condições pelo menos equivalentes às precedentes;

VIII - reparação pelos danos morais, individuais e coletivos, decorrentes dos transtornos sofridos em processos de remoção ou evacuação compulsórias [...];

XI - condições de moradia que, no mínimo, reproduzam as anteriores quanto às dimensões e qualidade da edificação, bem como tenham padrões adequados a grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade [...];

XIII - escrituração e registro dos imóveis decorrentes dos reassentamentos urbano e rural, ou, se for o caso, concessão de direito real de uso;

XIV - reassentamento em terras economicamente úteis, de preferência na região e no Município habitados pelas PAB, após a avaliação de sua viabilidade agroecológica e ambiental pelo Comitê Local da PNAB;

XV - prévia discussão e aprovação do projeto de reassentamento pelo Comitê Local da PNAB, nele incluídos localização, identificação de glebas, projetos de infraestrutura e equipamentos de uso coletivo, assim como escolha e formas de distribuição de lotes [...] (Brasil, 2023).

Todavia, além das medidas específicas de reparação e da participação ativa das comunidades afetadas, a implementação efetiva da PNAB requer um sistema eficaz de monitoramento e fiscalização. Esses mecanismos são essenciais para garantir que as empresas responsáveis pelo impacto das barragens cumpram suas obrigações de forma transparente e responsável.

A fiscalização adequada não apenas assegura o cumprimento das diretrizes estabelecidas pela legislação, mas também contribui para a prevenção de novos desastres e para a proteção contínua das comunidades vulneráveis. Portanto, fortalecer essas estruturas é crucial para sustentar os avanços alcançados pela PNAB e promover uma gestão ambientalmente responsável no contexto das atividades de barragens no Brasil.

Apesar dos inúmeros benefícios mencionados, é crucial ressaltar previsão que prevê que a nova política não contemplará os indivíduos e comunidades prejudicadas anteriormente à sanção da PNAB. Em outras palavras, os afetados pelas tragédias de Mariana e Brumadinho não seriam beneficiados pelas novas disposições previstas na lei. Vigoraria aqui a regra geral da irretroatividade das normas jurídicas em sua implicação e gestão quanto a fatos jurídicos ocorridos no passado.

Embora esses trágicos eventos tenham sido catalisadores para a formulação e aprovação da política, as novas disposições legais beneficiariam apenas os casos ocorridos após a publicação e vigência da norma. Portanto, enquanto a PNAB representa um avanço crucial, ainda resta o desafio de buscar justiça e reparação adequada para as vítimas dos desastres anteriores assim como o enfrentamento jurídico da tese da irretroatividade das disposições da Lei.

4. A (IR)RETROATIVIDADE DA POLÍTICA NACIONAL DE DIREITOS DAS POPULAÇÕES ATINGIDAS POR BARRAGENS NOS CASOS DE BRUMADINHO E MARIANA

Este capítulo examina a aplicabilidade da Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PNAB) aos casos das tragédias de Mariana e Brumadinho. Embora a PNAB represente um avanço significativo na proteção e reparação das comunidades afetadas pela construção e operação de barragens, sua implementação não é, em tese, retroativa. Este fato levanta importantes questões sobre justiça e reparação para as vítimas dos desastres que ocorreram antes da sanção da nova legislação. A análise a seguir aborda as implicações da irretroatividade e os desafios contínuos na busca por equidade e compensação para aqueles impactados por esses eventos catastróficos.

O texto, elaborado com a significativa participação das comunidades atingidas, foi aprovado com vetos em certos trechos. Um dos principais pontos vetados foi a remoção do termo "ocorrido" da seção que especifica as fases e tipos de danos que seriam abrangidos pela normativa, isso porque a inclusão desse termo poderia permitir a aplicação da lei a casos ocorridos antes de sua promulgação. Trata-se aqui dos vetos ocorridos nos incisos I e II do §3º do artigo 1º.

É relevante observar que as empresas responsáveis pela gestão de barragens exerceram influência sobre o poder legislativo e executivo visando o veto integral da lei, alegando questões de inconstitucionalidade. Portanto, não é de se ignorar que, após sua aprovação, essas empresas poderiam potencialmente utilizar a inclusão do termo "ocorrido" para contestar a lei com base na questão da retroatividade e na insegurança jurídica resultante, o que poderia atrasar sua implementação. Essa é uma das razões pelas se optou por vetar o termo, garantindo assim a aplicação efetiva da legislação sem interpretações que pudessem comprometer seus objetivos:

De acordo com a Constituição, no seu art. 5º, inciso XXXVI, proíbe-se a retroatividade quando afetar a segurança jurídica das relações sociais, como julgado pelo STF em 1991 na ADI MC 605, que define os limites da retroatividade. Como as empresas que gerem barragens fizeram pressão pelo veto integral da lei, alegando incorretamente sua inconstitucionalidade, é provável que tentariam combater a aplicação da PNAB com base nesses pontos, argumentando uma suposta ofensa à segurança jurídica e ao princípio da irretroatividade para seguirem na impunidade por seus crimes (Mab, 2023).

É crucial atualizar quadros normativos diante da dinâmica da sociedade de risco, especialmente em casos de desastres socioambientais para superar estigmas obsoletos. Nesse contexto, os mega conflitos são emblemáticos e reiterados na sociedade de risco, matriz de referência na compreensão da sociedade contemporânea, com altos níveis de conflituosidade envolvendo direitos individuais e coletivos em uma complexa rede de relações jurídicas (Kokke, 2019).

A busca por uma política centrada nos direitos das pessoas afetadas teve início antes dos desastres da Samarco e da Vale. Este movimento emergiu anos antes desses eventos, motivado pelos impactos socioambientais significativos das barragens no setor hidrelétrico, assim como rompimentos de barragens minerárias de menor proporção, que incluem a inundação de vastas áreas e o deslocamento forçado de comunidades. É imperativo que essas comunidades sejam integralmente contempladas na legislação, uma vez que sofreram não apenas com as tragédias em si, mas também com a negligência e a falta de interesse por parte do Poder Público e do Mercado em assegurar seus direitos e protegê-las diante das operações de construção e funcionamento de barragens.

Além disso, os danos resultantes do rompimento das barragens continuam a afetar diversas comunidades até os dias de hoje, trazendo consigo uma série de dificuldades e desafios persistentes. Por isso, não se pode limitar os transtornos causados à data específica do rompimento das barragens: as consequências socioeconômicas, ambientais e psicológicas perduram ao longo do tempo. Advém aqui o ponto chave. Deve-se distinguir entre a aplicação retroativa da norma e sua aplicação aos efeitos ocorridos após a sua publicação, ou mesmo aos danos pendentes de reparação ainda existentes quando do advento da norma.

Embora a norma não seja aplicada a fatos que se consumaram e exauriram no passado, aplica-se aos desastres que ocorreram no passado, mas cuja produção de efeitos ainda se produz no presente e reverbera no futuro. Em outras palavras, se o empreendedor responsável pelo desastre não foi apto o suficiente para promover toda a reparação dos danos promovidos por sua atividade, deve ele responder, ou continuar a responder, sob a matriz reparatória fixada na Lei.

Lado outro, é possível também identificar que não há em si uma inovação de institutos na Lei sob o ângulo da responsabilidade civil, nem quando se pondera sob aspecto doutrinário, nem quando se pondera sob aspecto jurisprudencial. Tome-se em exemplo o direito à assessoria técnica, previsto no inciso V do artigo 3º. Este último dispõe que é direito da população atingida assessoria técnica independente, de caráter multidisciplinar, escolhida pelas comunidades atingidas, a expensas do empreendedor e sem a sua interferência, com o objetivo de orientá-las no processo de participação. Embora a positivação somente advenha com a Lei, esse direito já era antevisto como fruto de aplicação em casos de processos coletivos de primados normativos advindos da doutrina geral de responsabilidade civil, assim como de tratados internacionais, seja em *hard*, seja em *soft law*.

É possível assim identificar que grande parte das disposições previstas na Lei não são em si inovação sob o ponto de vista da compreensão reparatória da responsabilidade civil e dos ditames reparatórios seja do Direito Ambiental, seja do Direito dos Desastres. Ocorreu sim uma positivação, mas não propriamente uma invenção. Anteriormente Lei a obrigação de reparação integral já existia. A Lei proporciona uma sistematização e positivação a obrigações que já eram postuladas e mesmo reconhecidas em ações judiciais. A assessoria técnica, v.g., foi implementada tanto no caso Mariana quanto no caso Brumadinho, mesmo antes da positivação na lei.

Inclusive, mesmo em matéria penal, é possível que se aplique um tipo punitivo a situação que se iniciou no passado, mas se prolongou no presente. No direito penal brasileiro, o crime permanente é definido como aquele cuja consumação se prolonga no tempo. Os desastres de Mariana e Brumadinho exemplificam essa categoria, pois seus efeitos prejudiciais persistem, gerando contínuos danos ambientais, sociais e econômicos às comunidades afetadas. Dessa forma, no que concerne ao crime permanente, aplica-se a lei penal mais severa se, durante a prática contínua do delito, ocorrer a superveniência de uma nova legislação mais gravosa. Assim discorre a súmula 711 do Supremo Tribunal Federal: A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência (Brasil, 2003).

Ora, se em termos penais a perpetuação da situação jurídica não pode ser desprezada, quanto mais em termos de reparação civil por dano, que sequer possui caráter punitivo em suas previsões. A ocorrência de resultados adversos não pode ser confinada no tempo e espaço quando se trata de um desastre, não se restringe ao momento do rompimento das barragens, mas continua a se manifestar à medida que os impactos negativos persistem, afetando a vida das pessoas e o meio ambiente.

Nessa linha de pensamento, a PNAB poderá ser aplicada de diversas maneiras em casos como os de Mariana e Brumadinho, uma vez que ambos os desastres se perpetuam em diversos efeitos negativos que manifestam em tempo presente e prolongam-se no devir. Isso evidencia a necessidade urgente de um acompanhamento rigoroso e contínuo para mitigar os impactos persistentes sobre o meio ambiente, sobre as comunidades afetadas e as atividades econômicas regionais. As disposições tanto materiais quanto procedimentais da Lei da Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens precisam ser analisadas segundo a dinâmica concreta do desastre e as pendências reparatórias existentes. Exemplo disso é o direito à opção livre e informada a respeito das alternativas de reparação. Tem-se aqui uma previsão ligada ao direito à informação e ao caráter procedimental da reparação. Sua aplicação imediata para toda e qualquer reparação pendente é inerente ao desdobramento de princípios e regras já existentes no ordenamento brasileiro.

Nos casos abordados, a PNAB pode funcionar não apenas como referência para demandas judiciais, mas também como critério para estabelecer a abrangência dos impactos a serem considerados na Repactuação, além de orientar todas as formas de participação da comunidade durante e após o acordo, ou tentativas de acordo passadas seja sobre a totalidade, seja sobre aspectos das lesões ou degradações ocorridas. Ela também pode fortalecer a voz das comunidades afetadas, promovendo uma gestão mais inclusiva e participativa nos processos de recuperação e mitigação dos impactos das barragens.

A aplicação da PNAB a Mariana e Brumadinho está longe de infringir o art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, uma vez que a aplicação da PNAB a esses casos não acarreta insegurança jurídica, muito menos compromete a estabilidade das relações sociais. Pelo contrário, a implementação dessa nova Política frente a esses desastres tende a fortalecer as relações sociais, que foram profundamente afetadas pelos eventos catastróficos, além de viabilizar uma efetiva e apta reparação integral.

Nesse sentido, a Política não viola o princípio da irretroatividade das leis, pois, embora altere as condições e responsabilidades estabelecidas anteriormente, faz isso de forma a complementar e aprimorar os direitos das populações afetadas por barragens, em consonância com os princípios de justiça e reparação integral, estando em sintonia para com o primado tanto do Direito Ambiental quanto do Direito dos Desastres. Além disso, é necessário observar que o artigo 3º da Lei, em seu §2º, estabelece como princípio motriz na aplicação da Lei o princípio da centralidade do sofrimento da vítima. Esse princípio é aplicado com vistas à reparação justa dos atingidos e à prevenção ou redução de ocorrência de fatos danosos semelhantes. Negar a aplicação da norma às situações pendentes de reparação seria negar o próprio princípio retor da Lei, caminhando em contradição com sua *ratio* normativa.

O objetivo da PNAB é fortalecer as proteções existentes e fornecer mecanismos adicionais para mitigar os impactos contínuos e futuros dos desastres, sem modificar os fatos passados ou reescrever a história jurídica. Essa abordagem é coerente com a busca por justiça social e ambiental, permitindo que as vítimas recebam o apoio necessário para reconstruir suas vidas e comunidades, respeitados os princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. A PNAB não apenas promete justiça tardia, mas também sinaliza um novo horizonte de esperança para aqueles que enfrentaram as devastadoras consequências dos desastres de Mariana e Brumadinho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A trajetória legislativa e a implementação da Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens marcam um ponto crucial na história do Brasil, especialmente diante dos desastres de Mariana e Brumadinho. Estes eventos não foram apenas tragédias ambientais, mas também revelaram profundas lacunas na legislação e na proteção das comunidades afetadas por barragens. A aprovação da PNAB em 2023 representa um avanço significativo, respondendo às demandas de décadas por justiça, reparação e segurança para aqueles impactados por esses desastres.

A PNAB não se limita a estabelecer direitos e medidas de reparação, mas também redefine o papel das comunidades afetadas como participantes ativos nos processos de gestão e mitigação de impactos ambientais, combinando normas materiais e procedimentais. Ao unificar direitos e garantias em nível nacional, a política visa não apenas se desculpar resgatar em superação falhas do passado, mas também prevenir futuros desastres através de uma regulamentação mais rigorosa e responsável e dispor em eficácia a reparação integral quanto a eventos pendentes de reparação quando de sua ocorrência.

Além disso, a implementação efetiva da PNAB requer um compromisso contínuo com a fiscalização e monitoramento rigorosos das barragens em todo o país. A transparência e a responsabilidade das empresas são fundamentais para garantir que os direitos das populações atingidas sejam respeitados e que novos desastres sejam prevenidos. Portanto, enquanto se celebra os avanços proporcionados pela PNAB, também se reconhece os desafios persistentes que demandam atenção contínua. É essencial que o Brasil não apenas cumpra suas obrigações legais, mas também fortaleça suas políticas e práticas para garantir um ambiente seguro e justo para todas as comunidades impactadas

por barragens. A PNAB representa um passo significativo nessa direção, mas há um longo caminho a percorrer na busca por equidade, justiça ambiental e proteção dos direitos humanos no contexto das atividades industriais e de infraestrutura no país.

No entanto, a questão da irretroatividade da PNAB levanta desafios importantes, a serem superados com análise hermenêutica. Uma visão estreita e alheia ao princípio matriz da norma rotulará a legislação como não retroativa em teor absoluto. Isto implica que as comunidades afetadas pelos desastres anteriores à sua promulgação não serão beneficiadas pelas novas disposições legais, o que pode gerar um profundo senso de desigualdade, com negativa da reparação integral pelos danos ocorridos. A discussão sobre a aplicação da PNAB a casos como Mariana e Brumadinho destaca a necessidade de um debate contínuo sobre os limites e alcances da legislação ambiental brasileira em um exercício hermenêutico que se concentre nas funções reparatórias e precaucional da responsabilidade civil.

A irretroatividade indiferente e alheia a análises hermenêuticas da lei não só limita a aplicação de justiça tardia, como também perpetua um ciclo de sujeição renovada a danos iterativos dos já atingidos pelo desastre. Aplicam-se, portanto, suas normas a todos os casos pendentes de efetiva, plena e integral reparação pelos desastres antropogênicos ocorridos. É hora de não apenas olhar para o futuro, mas de enfrentar honestamente o passado que se perpetua no presente, oferecendo às vítimas a justiça que lhes foi negada por tanto tempo.

REFERÊNCIAS

ARMADA, Charles Alexandre Souza. Os desastres ambientais de Mariana e Brumadinho em face ao estado socioambiental brasileiro. **Territorium**, n. 28 (I), p. 13-22, 2021. Disponível em: <https://impactum-journals.uc.pt/territorium/article/view/6392> Acesso em: 15 jul. 2024.

AUGUSTO, O. Brasil tem 45 barragens que correm risco de romper a qualquer momento. **Correio Braziliense**. Brasília, 20 nov. 2018. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/11/20/interna-brasil,720359/brasil-tem-45-barragens-que-correm-risco-de-romper-a-qualquer-momento.shtml>. Acesso em: 16 jul. 2024.

AZEVEDO, R. A.; GOMES, J. F. Desastres ambientais no Brasil: o caso da barragem de Mariana/MG e seus impactos socioambientais. **Sociedade & Natureza**, Uberlândia, v. 31, n. 1, p. 29-42, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sn/v31n1/1982-4513-sn-31-01-00029.pdf>.

BORGES, Laís da Rocha. A responsabilidade civil ambiental e os impactos socioambientais: uma análise do caso Samarco. **Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)** - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

BRASIL. Lei n. 14.755, de 15 de dezembro de 2023. Institui a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PNAB); discrimina os direitos das Populações Atingidas por Barragens (PAB); prevê o Programa de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PDPAB); estabelece regras de responsabilidade social do empreendedor; e revoga dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Diário Oficial da União**: p. 1, 18 dez. 2023.

COELHO, M. T. P.; CAMPOS, C. R. C. Desastre da Samarco: primeiras notas sobre as consequências jurídicas e socioambientais. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 20, n. 79, p. 145-172, jul./set. 2015.

DUPIN, Leonardo Vilaça; PEREIRA, Edilson. De Minas às ruínas: o refazer da memória e da paisagem no pós-desastre de Brumadinho. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Ciências Humanas**, v. 17, n. 3, p. e20210104, 2022.

FABRÍCIO, Sarah Amaral; FERREIRA, Denize Demarche Minatti; BORBA, José Alonso. Panorama dos Desastres de Mariana e Brumadinho: o que sabemos até agora?. **REAd. Revista Eletrônica de Administração (Porto Alegre)**, v. 27, p. 128-152, 2021.

FREITAS, L. C. Barragens no Brasil: uma análise crítica das consequências socioambientais dos desastres de Mariana e Brumadinho. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 21, n. 82, p. 129-156, jan./mar. 2020.

KOKKE, Marcelo. Responsabilidade civil e dano ambiental individual no desastre de Brumadinho. **Revista IBERC**, v. 2, n. 1, p. 1-16, 2019.

LIMA, Fabrício Wantoil; RODRIGUES, Leonardo Lopes; SANTOS, Cinthya Amaral. Rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho e seus impactos socioambientais. **Revista Raízes no Direito**, v. 8, n. 1, p. 105-122, 2019.

MASO, Tchenna Fernandes *et al.* Parecer técnico: audiência pública sobre os direitos das populações atingidas por barragens. **InSURgência**: revista de direitos e movimentos sociais, v. 9, n. 1, p. 709-736, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/44130>. Acesso em: 08 jul. 2024.

MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS – MAB. Coletivo Nacional de Comunicação do MAB. **PNAB é ferramenta de luta para atingidos pelos crimes em Mariana e Brumadinho**: Política de Direitos dos Atingidos é referência para a luta e para acordos judiciais, explicam especialistas e militantes. Publicado 20/12/2023 - Atualizado 20/12/2023. Disponível em: <https://mab.org.br/2023/12/20/pnab-e-ferramenta-de-luta-para-atingidos-pelos-crimes-em-mariana-e-brumadinho/#:~:text=%E2%80%9CDe%20acordo%20com%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,define%20os%20limites%20da%20retroatividade>. Acesso em: 19 nov. 2024.

OLIVEIRA, Valdir de Castro *et al.* A semântica do eufemismo: mineração e tragédia em Brumadinho. 2019. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/32640>. Acesso em: 17 jul. 2024

RODRIGUES, Marília. Avanço em Brumadinho, impasse em Mariana: o que se sabe sobre acordos de reparação. **Gazeta do Povo**, 2024 Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/brasil/avanco-em-brumadinho-impasse-em-mariana-o-que-se-sabe-sobre-acordos-de-reparacao/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

SALGADO, A. C. S. Direitos humanos e meio ambiente: uma análise dos desastres de Mariana e Brumadinho. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 23, n. 3, p. 117-138, set./dez. 2020.

Recebido em: 17/09/2024

Aceito em: 22/11/2024

TRANSFORMAÇÃO DIGITAL NO SETOR PÚBLICO: A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO GOVERNO DIGITAL NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

*Digital Transformation for the Public Sector: the Possibility of
Implementing Digital Government in Brazilian Municipalities*

Marcio Antonio Pinto de Almeida Filho

Advogado (MA, Brasil). Professor universitário e de cursos de pós-graduação. Professor de curso preparatório para carreira jurídica. Palestrante. Pós-graduado. Mestre e doutorando em Direito.

Resumo

Este artigo examina as implicações de implantação do governo digital nas cidades brasileiras, focando na conexão entre cidades inteligentes e governo digital. A pesquisa, de caráter qualitativo e baseada no método dedutivo de análise, realizou uma revisão bibliográfica para estruturar sua abordagem. Primeiramente, o conceito de cidades inteligentes que foi explorado, passa a compreender os possíveis impactos do uso extensivo de novas tecnologias nos municípios. Em seguida, foram discutidos os conceitos e impactos do governo digital, buscando avaliar as possíveis transformações na função administrativa digital dos municípios, especialmente após a promulgação da Lei 14.129/2021. O estudo concluiu que, ao superar os obstáculos à implementação do governo digital e ao utilizar a Lei 14.129/2021 como base normativa, os municípios brasileiros conseguirão alcançar grandes avanços em benefício da sociedade, promovendo desburocratização, modernização, simplificação e melhoria na qualidade dos serviços públicos.

Palavras-chave: Novas tecnologias. Cidades inteligentes. Governo Digital. Municípios. Lei 14.129/2021.

Abstract

This article examines the implications of implementing digital government in Brazilian cities, focusing on the connection between smart cities and digital government. The research, of a qualitative nature and based on the deductive method of analysis, carried out a literature review to structure its approach. First, the concept of smart cities was explored, beginning to understand the possible impacts of the extensive use of new technologies in municipalities. Then, the concepts and impacts of digital government were discussed, seeking to assess the possible transformations in the digital administrative function of municipalities, especially after the enactment of Law 14.129/2021. The study concluded that, by overcoming the obstacles to the implementation of digital government and using Law 14.129/2021 as a normative basis, Brazilian municipalities will be able to achieve great advances for the benefit of society, promoting debureaucratization, modernization, simplification, and improvement in the quality of public services.

Keywords: New technologies. Smart cities. Digital Government. Municipalities. Law 14.129/2021.

Sumário:

1. Introdução; 2. Cidades Inteligentes: O Impacto das novas tecnologias na Gestão dos Municípios; 3. Governo Digital e a sua possível implementação nos Municípios Brasileiros; 3.1 Políticas públicas direcionadas às cidades inteligentes; 4. Conclusão; 5. Notas; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia acelerou o uso de tecnologias digitais, ampliando o acesso a ferramentas tecnológicas para garantir a continuidade das atividades profissionais, das relações sociais e de outras esferas do convívio humano. Essa transformação também se reflete na Administração Pública, onde o avanço rumo ao Governo Digital se consolida como uma realidade irreversível, regulamentada pela Lei 14.129/2021. Em consonância com essa legislação, o governo federal adotou diversas medidas, como a criação da Secretaria do Governo Digital, vinculada ao Ministério da Economia, e o lançamento do Portal Gov.Br e do portal de compras do governo federal, que expandem a oferta de serviços públicos digitais.

O cenário atual indica uma melhoria no desenvolvimento das cidades inteligentes, onde a tecnologia se tornará essencial tanto no setor privado quanto no público. Esse renascimento da Administração Pública, adaptado ao ambiente digital e participando em um contexto de cidades inteligentes, exigirá que os agentes públicos se adaptem a desafios ao mesmo tempo inéditos e complexos, muitos dos quais ainda emergem. Um exemplo desse novo panorama é o uso crescente de ambientes virtuais, como o metaverso, e a necessidade de reflexão sobre o papel do setor público nesses espaços.

Este trabalho busca compreender as características das cidades inteligentes e sua intersecção com o Governo Digital, explorando os efeitos das novas tecnologias e da inovação sobre a gestão pública no contexto da transformação digital. A análise concentra-se especialmente na função administrativa dos municípios, sobretudo após a edição da Lei 14.129/2021.

Nos últimos anos, o tema das Cidades Inteligentes tem se destacado, refletindo uma tendência global de integração tecnológica em ambientes urbanos. Com o avanço da urbanização — segundo a ONU-Habitat, 68% da população mundial será urbana até 2050 —, as tecnologias inovadoras se tornaram fundamentais. Enquanto, historicamente, a humanidade voltou à agricultura e à domesticação animal, o cenário atual foca na automação e na transformação digital. A crescente presença de inteligência artificial na modernização dos serviços de sinalização essa migração do analógico para o digital.

A vida moderna exige novas configurações para as cidades, adaptadas aos desafios ambientais e sociais, como observado por Leite (2012), que destaca o consumo intensivo de recursos e a geração de resíduos nos centros urbanos. Esse contexto exige estratégias de planejamento urbano e políticas sustentáveis que promovam a qualidade de vida e o bem-estar coletivo.

A pesquisa, de natureza qualitativa e fundamentada no método dedutivo, inicia pela conceituação das cidades inteligentes, abrangendo os impactos potenciais do uso massivo das tecnologias nos municípios. Em seguida, aborda-se o conceito de Governo Digital, avaliando como ele pode transformar a função administrativa municipal, especialmente à luz da Lei 14.129/2021.

2. CIDADES INTELIGENTES: O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA GESTÃO DOS MUNICÍPIOS

As transformações impulsionadas pelas novas tecnologias alteraram a sociedade em múltiplas dimensões. Desde a introdução da máquina a vapor na primeira revolução industrial (Indústria 1.0), passando pela invenção do motor a diesel e da eletricidade (Indústria 2.0), e pelo surgimento dos sistemas computadorizados (Indústria 3.0), até o momento atual, caracterizados pela Indústria 4.0, a evolução tecnológica continua a reconfigurar o modo como ganhamos, nos relacionamos e interagimos com o Estado. As tecnologias emergentes, como a Inteligência Artificial (IA), a impressão 3D, a internet das coisas (IoT), a nanotecnologia, os veículos independentes e a computação quântica, vêm provocando mudanças rápidas e profundas nas estruturas sociais e nas interações cotidianas (Ristiandy, 2020, p. 87-88).

Como acentua Castells (2021, p. 88), a revolução da tecnologia da informação possui características próprias, a diferenciá-la das outras mudanças de paradigmas já vivenciadas ao longo da história. Esse evento atual, cuja importância histórica é, no mínimo, equivalente à Revolução Industrial do século XVIII, ainda segundo o autor, também se caracteriza pela "pervasividade",¹ ou seja, "por sua penetração em todos os domínios da atividade humana, não como fonte exógena de impacto, mas como tecido em que essa atividade é exercida" (Castells, 2021, p. 88).

Além desse aspecto comum a todas as revoluções tecnológicas, Castells (2021, p. 88) pontua que a atual não é marcada pela centralidade do conhecimento e da informação, mas pela difusão e aplicação do conhecimento e da informação para a geração de novos conhecimentos e dispositivos de processamento/comunicação da informação, num "ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso".

Esse ciclo observado entre o surgimento de uma nova tecnologia e a sua utilização e desenvolvimento em novos domínios ocorre de forma muito mais veloz no contexto atual, pois a difusão da tecnologia é amplificada de forma a tornar-se praticamente infinita. As figuras do usuário e dos desenvolvedores de tecnologia confundem-se e, pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no sistema produtivo, numa integração entre mente e máquina (Castells, 2021, p. 84).

Lévy (2011, p. 112-113) ressalta que as novas tecnologias trouxeram uma mudança fundamental na forma como nos comunicamos. Passamos da comunicação tradicional "um-um", que oferece uma perspectiva restrita, e da comunicação "um-todos", típica dos meios de comunicação tradicionais que impõem um contexto, para a comunicação "todos-todos". Esse novo modelo permite uma comunicação ampla e descentralizada, não mediada pela mídia convencional, representando, segundo o autor, um passo significativo para formas mais avançadas de inteligência coletiva. No ambiente do ciberespaço, o autor observa que há uma convergência de papéis, onde todos podem atuar tanto como emissores quanto receptores, reunidos por interesses compartilhados, independentemente de nome, posição social ou localização geográfica.

Outro aspecto central da era tecnológica atual é a superação das barreiras geográficas. Castells aponta que, ao contrário das revoluções passadas, que surgiram em con-

textos geográficos e sociais específicos e se desenvolveram de forma isolada, a revolução das tecnologias de informação e comunicação (TIC) se organizou rapidamente por todo o mundo, em um período de cerca de duas décadas, entre os anos 1970 e 1990 (Castells, 2021, p. 90). Para Castells (2021), essa difusão acelerada resulta de uma característica singular dessa revolução: a aplicação das inovações tecnológicas para o próprio avanço de novas tecnologias, permitindo uma conexão global em tempo real através da tecnologia da informação.

A "releitura" dos espaços geográficos impacta o desenvolvimento das próprias cidades. Castells (2010, p. 2.737) retrata o fenômeno das "regiões de megacidades policêntricas" (*polycentric megacity regions*), que se caracteriza por dois fenômenos conexos: a maior descentralização das grandes cidades para as áreas vizinhas e a interligação a outras cidades por meio de novas capacidades de comunicação, num modelo ao mesmo tempo antigo e novo. Além das infraestruturas de transporte, a ligação se dá pelos sistemas de comunicação sem fio. Seriam, afirma, múltiplas cidades num campo descontinuado, conectadas por redes de transporte rápido complementado por redes avançadas de telecomunicações e informática.

Neste contexto, da repercussão das novas tecnologias e da inovação sobre os municípios, vem sendo desenvolvida a noção de cidades inteligentes, em que a tecnologia não apenas informatiza atividades ou departamentos, mas conecta cidadãos e empresas, elimina ilhas de informação e, por meio da distribuição inteligente de recursos, busca reduzir impactos negativos (Bouskela *et al.*, 2016, p. 33).

Nas Cidades Inteligentes, as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) são voltadas ao aprimoramento da tomada de decisão e à busca por maior eficiência das operações e serviços públicos, atendendo às necessidades não apenas da geração atual, mas com olhar para as futuras, com foco atento nos aspectos econômicos, sociais e ambientais. Sob essa concepção renovada, os municípios devem buscar a incorporação de aspectos relacionados à governança, à infraestrutura e ao capital humano e social, necessários ao desenvolvimento inteligente do desenvolvimento sustentável e integrado (Carvalho, 2022, p. 239).

Para a Comissão Europeia, as cidades inteligentes são um lugar onde as redes e serviços tradicionais se tornam mais eficientes com o uso de soluções digitais em benefício de seus habitantes e negócios. Além da aplicação das novas tecnologias para melhor gerenciar recursos e reduzir emissões, refere-se a uma rede de transporte público mais inteligente, instalações de água e eliminação de resíduos atualizadas, e meios mais eficientes para iluminar e aquecer edifícios. A Comissão também destaca a necessidade de uma Administração Pública municipal mais interativa e responsiva, que promova a segurança no espaço público e atenda às necessidades decorrentes do envelhecimento da população (Comissão Europeia, s/d.).

Para a concretização do conceito de *Smart Cities*, é indispensável um ajuste da concepção tradicional de Administração Pública, para que o desenvolvimento das atividades pública e privada ocorram de forma integrada. Nessa perspectiva, os processos da administração pública e das finanças (cadastros, impostos e serviços públicos aos cidadãos,

entre outros) são digitalizados, e o acesso aos dados é ágil. Assim, na gestão inteligente, os cidadãos se beneficiam de serviços públicos melhores e são atores participativos da gestão pública (Bouskela *et al.*, 2016, p. 35).

Não obstante os inegáveis avanços trazidos por todas as revoluções tecnológicas, não se pode ignorar a existência de impactos negativos para parcela da sociedade, geralmente aqueles usualmente negligenciados e que sofrem pela falta de acesso a serviços públicos adequados e os que estão à margem do mundo digital, seja por falta de acesso a *hardware*, *software*, pacote de dados ou até mesmo por ser um analfabeto digital. Ciente desse aspecto, muitas vezes omitido, Prado Filho (2020, p. 47) destaca a importância de se debater qual o modelo de cidade inteligente almejado e quais limites deverão ser traçados para o Estado em prol do cidadão. Neste cenário, a compreensão do que é o Governo Digital e do que o novo marco legislativo decorrente da Lei 14.129/2021 deve representar para a construção desse novo modelo, é essencial.

3. GOVERNO DIGITAL E A SUA POSSÍVEL IMPLEMENTAÇÃO NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

A evolução tecnológica trouxe uma série de denominações voltadas à caracterização do fenômeno de uma Administração Pública transformada pelas novas tecnologias. Desde os vocábulos estrangeiros, como *e-government*, *e-governance* ou *e-democracy*, até suas traduções para equivalentes como e-administração, e-governo, e-governança e e-democracia, alcançando ainda as denominações acompanhadas do adjetivo “eletrônico”, conforme retrata Brega (2012, p. 45-46). Todas essas denominações traduzem aspectos daquilo que a literatura tem nominado, de forma mais ampla, como transição digital do governo ou *Digital Transformation* (DT).

Faleiros Júnior (2020, p. 79), por sua vez, opina que a expressão Administração Pública Digital seria mais adequada, pois reflete com maior acuidade os aspectos dessa nova realidade, afinal, todo documento digital é eletrônico, mas o inverso nem sempre é verdadeiro, pois além de eletrônico o documento digital pressupõe uma codificação em dígitos binários, acessível por computador, enquanto o meramente eletrônico pode ser acessado e interpretado por meio diverso, como um aparelho videocassete.

Por tal razão e levando-se em conta também a Lei 14.129/2021, a opção aqui é pelo uso do termo Governo Digital em contraposição ao Governo Analógico, para referenciar a Administração Pública pautada pelo uso das novas tecnologias e pela adoção da inovação em prol da melhoria da prestação de seus serviços, porém seguindo a visão ampliada do conceito indicada por Valle e Motta (2022, p. 46), sem se limitar à simples incorporação de ferramentas tecnológicas ao ambiente público. Por ser abrangente, é condizente com a visão proposta para a definição adotada pela *Organisation for Economic Co-Operation and Development* (OECD):

Governo Digital refere-se ao uso de tecnologias digitais, como parte integrante das estratégias de modernização dos governos, para criar valor público. Baseia-se em um ecossistema de governo digital composto por atores governamentais, organizações não governamentais, empresas, associações de cidadãos e indivíduos que apoiam a produção e o acesso a dados, serviços e conteúdo por meio de interações com o governo² (OECD, 2014, tradução nossa).

Estabelecido o conceito de Governo Digital aqui adotado, é preciso assentar que a *Digital Transformation* (DT) é um movimento observado em diversos governos no mundo, direcionado ao aprimoramento da prestação de serviços públicos e da experiência dos “clientes”, “usuários” ou cidadãos. Exemplos dessa transformação digital são vistos na União Europeia, com o *EU e-Government Action Plan 2016-2020*, nos Estados Unidos, com a *Digital Government Strategy*, e na China, com o programa *Internet Plus Government Services* (Gong; Yang; Shi, 2020, s.p.).

Na China, o Governo da Província de Zhejiang (*Zhejiang Provincial Government – ZPG*) é um exemplo. Com três níveis governamentais, abrangendo uma província, 11 prefeituras e 89 condados, além de 42 departamentos, e com uma população estimada em 57 milhões de habitantes (2018), Gong, Yang e Shi (2020, s.p.) relatam que o ZPG passou a disponibilizar serviços *online* em nuvem no ano de 2014. Posteriormente, a província utilizou as tecnologias fundadas em big data e ainda foi pioneira da transição digital do governo no âmbito do Estado chinês. Os autores indicam a existência de três ondas de adoção de novas tecnologias que, ao final, permitiram a disponibilização *online* de 95,2% dos serviços administrativos, na transformação de 75% dos serviços interdepartamentais em serviços de balcão único e na redução em 29% do número de documentos necessários para submissões e em 35% do tempo de processamento, quando comparados à forma anterior como esses serviços eram prestados.

Na Indonésia, a expansão do Governo Digital também ocorre de forma cada vez mais acentuada, a ponto de o então Presidente afirmar que a IA substituiria os terceiro e quarto escalões do funcionalismo público. O país já utiliza um sistema eletrônico de planejamento orçamentário, denominado de *e-budgeting*, com resultados positivos na redução da malversação do orçamento público em algumas províncias, como Jakarta e Surabaya. O governo indonésio também criou um cartão de identificação integrado, conhecido como *Eletronic KTP* (E-KTP), utilizado para a prestação de serviços públicos com maior efetividade e eficiência. Para Ristiandy (2020), a Indonésia estaria vivenciando uma disrupção burocrática, com significativas transformações e a expectativa de mudanças na visão do funcionalismo público pela sociedade, a partir da redução da corrupção, do conluio e do nepotismo.

A Estônia é sempre lembrada como um case de sucesso, pois num intervalo de vinte anos passou de um país sem acesso à internet para uma referência em termos de Governo Digital. Em apenas 15 minutos uma empresa pode ser registrada, e a regra do *just once* ou “apenas uma vez” é adotada como forma de evitar que os cidadãos precisem inserir a mesma informação mais de uma vez em qualquer formulário, poupando tempo. Com o apoio de bancos e empresas, inicialmente, a Estônia assegurou que todas as escolas estivessem *online*, para permitir o contato com a tecnologia pelas crianças desde cedo. Em seguida, facilitou o acesso ao restante da sociedade, inclusive idosos. Um aspecto central desse sistema foi a criação da identidade digital, segura, única e com eficiência legal (Brazil Lab; Its Rio, 2018, p. 4-6).

No Brasil, o Governo Digital já se encontra em via de acentuada implementação, ao menos na esfera federal. Até outubro de 2024, 4.487 serviços digitais foram disponibilizados no Portal do governo federal “Gov.Br” e 2.800 serviços digitalizados, representando uma

economia de 4,5 bilhões de reais. A partir do cadastro na conta “Gov.Br”, o cidadão passa a ter acesso a serviços relacionados ao Sistema Único de Saúde (SUS), à educação (Enem, Sisu, Fies e Prouni), à Receita Federal, à previdência social (INSS), além de reunir diversos documentos digitais, como a carteira digital do trabalho, a carteira digital de trânsito, documentos militares etc. (Brasil, s/d.).

Neste contexto, merece destaque a Estratégia de Governo Digital para 2024 a 2027, que se refere a princípios, objetivos e iniciativas norteadores da transformação do governo a partir do uso de tecnologias digitais. Esse plano busca oferecer políticas públicas e serviços de melhor qualidade, com maior simplicidade e acessibilidade em qualquer hora e lugar, com menos custos para o cidadão. Até o final de 2024, o governo federal pretende oferecer digitalmente 100% dos mais de 4 mil serviços da União pelo Portal “Gov.Br”, inserindo o país entre os 15 mais desenvolvidos do mundo em serviços públicos digitais. O plano estratégico foi publicado por meio do Decreto 10.332/2020, alterado pelo Decreto 10.996/2022, e contempla 18 objetivos, subdivididos em diversas iniciativas (Brasil, s.d.).

Com o advento da Lei 14.129/2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da Administração Pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão (art. 1º), esse movimento rumo ao Governo Digital tende a se expandir entre todos os entes federativos.

Especificamente quanto aos municípios, foco deste trabalho, a adoção dessas novas diretrizes legais pelas respectivas administrações diretas e indiretas depende da adoção expressa de seus comandos por meio de atos normativos próprios (art. 2º, inc. III, § 2º).

Embora a imposição de suas disposições independentemente da necessidade de um ato normativo específico pudesse induzir a uma maior adesão dos entes federativos locais ao Governo Digital – mas com riscos de questionamentos quanto à eventual ruptura do pacto federativo, por desprezeitar o espaço de autonomia de cada ente da federação –, é possível afirmar que as significativas mudanças trazidas pela atual revolução tecnológica irão impactar todos os entes federativos, que sentirão a necessidade de se adequar a essa nova realidade, seja para atender às cobranças da sociedade que também é digital, seja para melhor promover o seu papel na prestação de serviços públicos com qualidade, efetividade, eficiência e economicidade.

Apesar de não ser obrigatória a imediata observância e adesão ao marco do Governo Digital pelos municípios brasileiros, a revolução da tecnologia da informação certamente não irá ignorar os espaços públicos, que paulatinamente irão se ajustar às exigências dos novos tempos. Com efeito:

A palavra “cibernética” em sua raiz grega significa precisamente “governar”. Faz sentido. O futuro dos serviços públicos depende essencialmente da tecnologia. Por uma razão simples: a vida humana já acontece cada vez por meio dela. Na medida em que o governo vai ficando desconectado, perde sua capacidade de governar. Suas decisões não são implementadas, não têm impacto, ou são facilmente contornáveis por caminhos criados pela própria tecnologia. Governo obsoleto deixa de ser governo (Brazil Lab; Its Rio, 2018, p. 2).

Uma iniciativa interessante voltada à adesão do marco legislativo federal é a Rede Nacional de Governo Digital (Rede Gov.Br). Essa rede possui natureza colaborativa e a

finalidade de promover a colaboração, o intercâmbio, a articulação e a criação de iniciativas inovadoras referentes ao Governo Digital no setor público, pela adesão dos entes federativos por um termo subscrito pela respectiva autoridade máxima do Poder Executivo estadual, distrital ou municipal. Trata-se de uma ação vinculada à iniciativa 4.2 da Estratégia de Governo Digital, direcionada à integração de todos os Estados até 2024 (Brasil, s.d.).

Sem embargo do notável avanço do Governo Digital na esfera federal, bem como do impulso voltado à sua expansão em prol dos demais entes da federação, não se pressupõe uma evolução uniforme em toda a Administração Pública brasileira. Em especial no âmbito de todos os 5.570 municípios brasileiros, dos quais 67,7% (3.770) têm menos de 20 mil habitantes, enquanto 5,8% (326) concentram mais da metade da população brasileira (55,7%), que em 2021 alcançou 213,3 milhões de habitantes (Brasil, 2021). Além dessa disparidade em termos demográficos, a desigualdade de renda e de acesso à educação de qualidade, bem como a dependência de recursos federais é notória nas municipalidades. O país vivencia um cenário totalmente diferente, por exemplo, da Estônia, que tem aproximadamente 1,2 milhão de habitantes (Brazil Lab; Its Rio, 2018, p. 4).

Valle e Motta (2022) assinalam diversos empecilhos à implementação do Governo Digital, no Brasil. Além dos necessários esforços em prol da alfabetização digital, não apenas de agentes públicos, mas também dos usuários das plataformas públicas digitais, indicam a necessidade de contornar alguns pontos de resistência à adesão desse novo modelo. Em linhas gerais, destacam a influência do modelo burocrático, ainda não superada apesar de diversas reformas, incompatível com a ideia de um Governo Digital, que pressupõe a flexibilidade e a aversão ao formalismo. Outro ponto a ser suplantado consiste no predomínio de uma rigidez fiscal, que inibe a destinação dos recursos necessários aos investimentos em novas tecnologias. Por fim, o conservadorismo dos órgãos de controle, pois seus excessos indevidos podem bloquear a implementação do Governo Digital, pelo receio do risco de punições.

De outro lado, desde a década de 1990 o Brasil vem ampliando o espaço da digitalização de serviços públicos que teve seu início na área fiscal, com a declaração de imposto de renda e que hoje atinge a emissão de notas fiscais eletrônicas e a prestação de variados serviços públicos. Não é sem razão que o Brasil está na primeira posição de Governo Digital das Américas e na sétima posição entre as dez nações líderes em Governo Digital no mundo, conforme o índice de maturidade em Governo Digital do Banco Mundial (World Bank Group, 2021). O reconhecimento deste avanço se dá majoritariamente pela ação da União e de alguns Estados da federação, além do Distrito Federal. Há ainda um grande passo a ser dado pelos municípios.

É necessário que os órgãos de controle permitam algum experimentalismo aos gestores públicos, à luz dos novos instrumentos legais de gestão de riscos, nos termos do art. 48 da Lei 14.129/2021 (Valle; Motta, 2022, p. 43-44). Como também é importante que os gestores se permitam experimentar. Os laboratórios de inovação passam a ser um elemento essencial nesse ecossistema de inovação e de experimentação, buscando novas formas de agir – na prestação do serviço público – e de se relacionar com o cidadão. Quanto a esse último aspecto, é preciso considerar as diversas mudanças ocorridas no

direito positivo pátrio, que impõem um novo modelo de atuação pelos órgãos de controle com a Administração Pública (Rodrigues, 2021, p. 163).

Caso superados os óbices apontados, e sem a pretensão de exaurir a temática, a merecer desdobramentos aprofundados em trabalhos futuros, pode-se apontar alguns aspectos positivos da nova legislação, voltados à implementação do Governo Digital e à melhoria dos serviços públicos, que recomendam a sua adoção pelos municípios brasileiros, tais como:

- a. a especificação de diversos princípios e diretrizes importantes, como a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade; a disponibilização em plataforma única do acesso às informações e aos serviços públicos; a possibilidade aos cidadãos, às pessoas jurídicas e aos entes públicos de demandar e de acessar serviços públicos por meio digital, sem a necessidade de solicitação presencial; o incentivo à participação social no controle e na fiscalização da Administração Pública, entre vários outros (art. 3º);
- b. a preocupação com a acessibilidade pela prestação digital dos serviços públicos por meio de tecnologias de amplo acesso pela população, inclusive pela de baixa renda ou residente em áreas rurais e isoladas, sem prejuízo do direito do cidadão a atendimento presencial (art. 14);
- c. o estabelecimento de diversos direitos em prol dos usuários da prestação de serviços públicos, tais como a gratuidade no acesso às Plataformas de Governo Digital; a padronização de procedimentos referentes à utilização de formulários, de guias e de outros documentos congêneres, incluídos os de formato digital; o recebimento de protocolo, físico ou digital, das solicitações apresentadas; e a indicação de canal preferencial de comunicação com o prestador público para o recebimento de notificações, de mensagens, de avisos e de outras comunicações relativas à prestação de serviços públicos e a assuntos de interesse público (art. 27);
- d. a possibilidade de os entes públicos instituírem laboratórios de inovação, por meio dos quais, com a participação e a colaboração da sociedade, poderão promover o desenvolvimento e a experimentação de conceitos, de ferramentas e de métodos inovadores para a gestão pública, a prestação de serviços públicos, o tratamento de dados produzidos pelo poder público e a participação do cidadão no controle da administração pública (art. 48); e
- e. a preocupação com a governança, a gestão de riscos, o controle e a auditoria, com a exigência de implementação e manutenção de mecanismos, instâncias e práticas de governança, em consonância com os princípios e as diretrizes estabelecidos na própria lei, entre os quais as formas de acompanhamento de resultados, as soluções para a melhoria do desempenho das organizações e instrumentos de promoção do processo decisório fundamentado em evidências (art. 47).

Caso o novo marco legal do Governo Digital venha a ser adotado pelos municípios brasileiros, nos termos da Lei 14.129/2021, vislumbram-se enormes ganhos para toda a sociedade. Com razão Rodríguez-Araña (2022, p. 36) ao afirmar que a Lei nº 14.129/2021 se integra a esta corrente modernizadora visando as novas tecnologias que melhorem substancialmente a relação entre os cidadãos e a Administração.

3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS ÀS CIDADES INTELIGENTES

A implementação de políticas públicas direcionadas ao desenvolvimento de cidades inteligentes e ao uso crescente de novas tecnologias pode, eventualmente, tornar obsoletos os instrumentos jurídicos tradicionais, que hoje ainda desempenham um papel essencial no alcance dos objetivos constitucionais. Nesse contexto, Rubio (2009, p. 105) enfatiza a importância de considerar esse tema para além das abordagens convencionais, indicando que ele seja integrado às áreas de planejamento, gestão e regulamentação.

Carvalho Pinto (2005, p. 72) observa que uma das dificuldades nas estruturas administrativas para o desenvolvimento urbano não é fato de cada órgão ser avaliado isoladamente em suas realizações, sem incentivo para cooperação ou articulações que permitam uma visão mais ampla e integrada.

Nesse sentido, os instrumentos jurídicos focados em políticas públicas para as cidades inteligentes devem estar atentos a esses desafios, sendo a “gestão em rede” uma alternativa ao modelo setorial tradicional. Esse conceito enfatiza a importância da colaboração entre os envolvidos para alcançar objetivos comuns, além de envolver a “autonomia dependente”, permitindo que, embora os órgãos públicos tenham suas dinâmicas próprias, eles precisam trabalhar em conjunto para que o planejamento e acompanhamento das políticas públicas respeitem tanto a autonomia quanto os modos operacionais específicos de cada órgão (Reck; Bitencourt, 2016, p. 144-146).

A gestão em rede e a autonomia dependente são fundamentais para enfrentar os desafios do planejamento urbano em cidades inteligentes, tanto para coordenar os diferentes tipos de planos nos diversos níveis de governo quanto para definir os critérios técnicos, estéticos e estruturais nas novas infraestruturas tecnológicas. Essas abordagens são importantes não apenas para a execução de obras, mas também para a prestação de serviços públicos, que frequentemente requerem uma comunicação eficiente entre órgãos de diferentes esferas administrativas. Na área da regulamentação, essa estrutura visa melhorar as ações estatais, evitando a duplicação de esforços de fiscalização ou contradições na concessão de licenças permitidas para a implementação de tecnologias em cidades inteligentes.

Outro aspecto determinante é o conceito de “policompetência”. O uso da tecnologia nas cidades interfere em diversas áreas com regimes de competências específicas, como meio ambiente, mobilidade, saúde e lazer. Portanto, conforme sugerem Reck e Bittencourt (2016, p. 143), as políticas públicas externas para o planejamento e gestão de cidades inteligentes devem ser flexíveis e dispor de mecanismos que permitam uma abordagem integrada de várias competências sociais.

A coordenação entre atividades de planejamento e regulamentação urbana também apresenta desafios, que não são eliminados com o simples uso da tecnologia. Muitas vezes, os padrões estabelecidos nas normas de parcelamento do solo, nas obras e nas posturas urbanas não estão diretamente conectados às normas de planejamento urbano, resultando em critérios que não estão alinhados com os objetivos previstos nas diretrizes de planejamento. Vanin (2015, p. 128-129) aponta a importância de uma unidade coerente nas regulamentações urbanas para garantir sua implementação eficaz.

No contexto das cidades inteligentes, esses desafios parecem de forma particular: as normas para instalação, funcionamento e fiscalização das infraestruturas tecnológicas precisam estar previstas em leis que permitam uma ação concreta da administração pública e possibilitem o exercício do poder de polícia, sem ficarem restritos a normas de planejamento como o Plano Diretor. Essa abordagem, aliada à integração entre direito e política, traz à tona a questão dos programas condicionais e finais.

Luhmann (2016, p. 259-260) ressalta que o direito não pode ser orientado exclusivamente para fins específicos; ele deve operar com programas condicionais que definem os requisitos para a legalidade de uma ação. Esses programas condicionais remetem a condições verificáveis e passadas, como aquelas questões nos tipos administrativos definidos pelas normas municipais citadas.

Luhmann (2016, p. 270) observa que a dependência do direito em relação aos programas condicionais limita a possibilidade de que programas finalísticos de outros sistemas funcionais, como o da política, se vinculem diretamente ao direito. No caso de programas orientados para fins de política urbana, a conexão com o direito constitucional é um exemplo desse específico. Em outras palavras, as normas que estabelecem “objetivos” ou “diretrizes” são mais eficazes no campo político do que no jurídico, pois o direito, para ser aplicado, requer programas condicionais que orientem sua atuação prática. Assim, não basta listar valores, diretrizes ou objetivos para as políticas públicas de cidades inteligentes; ou direito necessita de programas condicionais específicos que garantam sua funcionalidade.

Para que o direito eficaz contribua com a política na realização de tais objetivos, é fundamental, além dos programas finalísticos, que existam também programas condicionais, essenciais para viabilizar a aplicação do sistema jurídico a casos concretos. Luhmann (2016, p. 271) destaca que a interação entre programas fins e programas condicionais é proveitosa, sendo necessário que os sistemas e tipos de programas permaneçam separados, para que se possam esperar resultados.

No contexto de cidades inteligentes, a tecnologia surge como uma ferramenta potencial para aprimorar os instrumentos jurídicos que regulam as políticas públicas urbanísticas, tornando esses processos mais eficazes. No entanto, é importante considerar que isso ainda é uma hipótese. A implementação de novas tecnologias pode gerar resultados diferentes do esperado, como acontece com plataformas digitais de participação social: embora sejam práticos e acessíveis para permitir a interação da população no planejamento urbano, essas ferramentas podem, paradoxalmente, gerar exclusão em determinados grupos sociais, comprometendo a eficácia de sua proposta inclusiva.

Sabe-se que até o momento, a tecnologia não substituiu completamente os instrumentos jurídicos tradicionais voltados ao planejamento e gestão urbanística, embora ofereça funcionalidades que facilitam e otimizam esses processos. Nesse sentido, é essencial aprofundar as reflexões e experiências, direcionando o uso da tecnologia ao cumprimento dos princípios constitucionais para que ela realmente contribua para o bem-estar das pessoas nas cidades, melhorando a qualidade dos serviços públicos e promovendo avanços nas condições econômicas, sociais e ambientais para a população em geral.

4. CONCLUSÃO

A revolução na tecnologia da informação promoveu uma nova interpretação dos espaços urbanos, influenciando diretamente o desenvolvimento das cidades modernas. Assim, surgem como cidades inteligentes ou cidades inteligentes, onde a tecnologia ultrapassa a simples informatização de atividades e passa a conectar cidadãos e empresas, integrando informações e otimizando a distribuição de recursos para reduzir impactos negativos.

Essa nova configuração urbana acompanha também uma transformação na Administração Pública. O conceito de Governo Digital se estabelece como uma administração orientada pela inovação e tecnologias avançadas para melhorar a qualidade dos serviços públicos. Essa visão não se limita à simples incorporação de ferramentas tecnológicas, mas propõe um ecossistema digital, envolvendo diversos atores: organizações governamentais, ONGs, empresas, associações civis e cidadãos.

A transição para um ambiente digital na administração pública é um movimento global que encontra apoio no Brasil, especialmente após a promulgação da Lei 14.129/2021. Embora já se tenham percebido avanços no âmbito federal para promover a adesão ao Governo Digital, a realidade dos 5.570 municípios brasileiros, marcados por profundas desigualdades, indica que há muitos desafios para se atingir essa transformação, especialmente porque o novo marco regulatório possui adesão voluntária.

Se superadas as barreiras para implementação do Governo Digital e se a Lei 14.129/2021 para adoção ampla como modelo, é possível prever ganhos significativos para a sociedade, incluindo desburocratização, modernização e simplificação dos serviços públicos, além de melhorias em sua prestação.

No entanto, é necessário considerar que muitos brasileiros ainda vivem em condições precárias, sem acesso a moradias adequadas e, muitas vezes, sem infraestrutura mínima, o que afeta diretamente o avanço da modernização nas cidades. A exclusão digital é apenas uma faceta de uma exclusão maior e mais estrutural; a falta de acesso à tecnologia reflete uma ausência de infraestrutura básica.

Assim, torna-se essencial promover políticas públicas que procurem evitar uma exclusão digital adicional. Repensar as cidades de forma inclusiva, com foco em espaços que respeitem a dignidade humana, pode ajudar a combater as desigualdades e reduzir o prejuízo social no ambiente urbano.

Finalmente, é urgente ampliar o olhar sob uma perspectiva plural, entendendo o direito a partir das preferências sociais. O estudo aponta para a responsabilidade das ações governamentais em interpretar a realidade social e, com o apoio das tecnologias, promover políticas públicas eficazes. Dessa forma, os planos diretores e seus instrumentos normativos devem se alinhar à realidade social, viabilizando o direito à cidade e aproveitando os benefícios das tecnologias inovadoras no prol da coletividade.

5. NOTAS

1. A origem do termo pode ser atribuída ao inglês *pervasive*, traduzido como penetrante, difundido ou universal, cf. MICHAELIS. *Moderno dicionário inglês-português, português-inglês*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000. p. 478
2. Redação original: "Digital Government refers to the use of digital technologies, as an integrated part of governments' modernisation strategies, to create public value. It relies on a digital government ecosystem comprised of government actors, non-governmental organisations, businesses, citizens' associations and individuals which supports the production of and access to data, services and content through interactions with the government" (OECD, 2014, p. 6)

REFERÊNCIAS

BOUSKELA, Maurício *et al.* **Caminho para as Smart Cities**: da gestão tradicional para a cidade inteligente. Banco Interamericano de Desenvolvimento/Divisão de Habitação e Desenvolvimento Urbano, 2016. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Caminho-para-as-smart-cities-Da-gest%C3%A3o-tradicional-para-a-cidade-intelige-nte.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2024.

BRASIL, Cristina Índio do. Brasil tem 49 municípios com mais de 500 mil habitantes: juntas essas cidades representam 31,9% da população brasileira. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 27 ago. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-08/brasil-tem-49-municipios-com-mais-de-500-mil-habitantes>. Acesso em: 12 nov. 2024.

BRASIL. Poder Executivo. **Governo Digital**. Disponível em: <https://www.gov.br/gover-nodigital/pt-br>. Acesso em: 12 nov. 2024.

BRASIL. Poder Executivo. **Estratégia de Governo Digital 2024-2027**. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020>. Acesso em: 12 nov. 2024.

BRASIL. Poder Executivo. **Rede Nacional de Governo Digital**. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/rede-nacional-de-governo-digital>. Acesso em: 12 nov. 2024.

BRAZIL LAB; ITS RIO. Agenda Digital e Registro Narrativo: GovTech 2018: arquivo completo sobre o evento. **GovTech Brasil**, 2018. Disponível em: https://govtechbrasil.org.br/wp-content/uploads/2018/11/GovTechBrasil_Relatorio-Completo-2018.pdf. Acesso em: 12 nov. 2024.

BRAZIL LAB; ITS RIO. Governo e Tecnologia: como promover a transformação digital do serviço público: materiais de referência. **GovTech Brasil**, 2018. Disponível em: https://govtech-brasil.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Evento-GovTech-Materiais-de-referencia-cc%82ncia_2018-4-1.pdf. Acesso em: 12 nov. 2024.

BREGA, José Fernando Ferreira. **Governo Eletrônico e Direito Administrativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Direito Administrativo Municipal**. Curitiba: Juruá, 2022.

CARVALHO PINTO, Victor. **Direito Urbanístico**: Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CASTELLS, Manuel. Globalisation, Networking, Urbanisation: Reflections on the Spatial Dynamics of the Information Age. **Urban Studies**, v. 47, n. 13, p. 2.737-2.745, nov., 2010.

CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. 23. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.

COMISSÃO EUROPEIA (União Europeia). **O que são cidades inteligentes?** União europeia, Comissão Europeia. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/eu-regional-and-urban-development/topics/cities-and-urban-development/city-initiatives/smart-cities_pt. Acesso em: 12 abr. 2022.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Administração Pública Digital: proposições para o aperfeiçoamento do regime jurídico administrativo na sociedade da informação**. Indaiatuba: Foco, 2020.

GONG, Yiwei; YANG, Jun; SHI, Xiaojie. Towards a comprehensive understanding of digital transformation in government: Analysis of flexibility and enterprise architecture. **Government Information Quarterly**, n. 37, 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0740624X19304174?via%3Dihub>. Acesso em: 12 nov. 2024.

LEITE, C. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**. Porto Alegre: Bookman, 2012.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** Tradução de Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MICHAELIS. **Moderno dicionário inglês-português, português-inglês**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000.

ONU-HABITAT. **Relatório Mundial das Cidades**. 2022. Disponível em: <https://onu-habitat.org/>. Acesso em: 12 nov. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. **Recommendation of the Council on Digital Government Strategies**. OECD, 15 jul. 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2024.

PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. Cidades inteligentes e o direito à privacidade, uma discussão necessária. In: RAIS, Diogo; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida (coord.). **Direito Público Digital: o Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 47-58.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. A&C. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 131-151, out./dez, 2016.

RISTIANDY, Risky. Bureaucratic Disruption and Threats of Unemployment in the Industrial Revolution 4.0 Era. **Journal of Local Government Issues – LOGOS**, v. 3, n 1, p. 86-97, mar., 2020. Disponível em: <http://ejournal.umm.ac.id/index.php/LOGOS>. Acesso em: 12 nov. 2024.

RODRÍGUEZ-ARAÑA, Jaime. Nuevas tecnologías y buena administración pública. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). **Governo Digital e a busca por inovação na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. A lei n.º 14.133/2021 e os novos limites do controle externo: a necessária deferência dos Tribunais de Contas em prol da Administração Pública. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 3. p. 161-181, 2021.

RUBIO, Fernando Garcia. **Nuevos Retos Sectoriales del Urbanismo**. La Ley: Madrid, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo Digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. *In*: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). **Governo Digital e a busca por inovação na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 46-49.

VANIN, Fábio Scopel. **Direito e Política Urbana: Gestão Municipal para a Sustentabilidade**. Caxias do Sul: Educs, 2015.

WORLD BANK GROUP. **GovTech Maturity Index: The State of Public Sector Digital Transformation**, 2021. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/36233>. Acesso em: 12 nov. 2024.

Recebido em: 17/11/2024

Aceito em: 28/11/2024

A ATUAÇÃO DO PROCURADOR MUNICIPAL NO ENFRENTAMENTO DE CRISES CLIMÁTICAS

The Role of Municipal Prosecutors in Dealing with Climate Crises

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) . Professor Adjunto da UFMA. Procurador do Município de São Luís (MA, Brasil). Membro da Comissão da Advocacia Pública do CFOAB e da OAB-MA. Delegado da ANPM no Maranhão. Diretor da Escola Nacional de Direito Municipal (ENADIM).

Ana Beatriz Getelina Sousa

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Assessora de Procurador no Ministério Público de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (MPC/RS (RS, Brasil). Mestre em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle (Canoas/RS). Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo (FAMEESP). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Advogada licenciada da OAB/MA.

Resumo

Este artigo aborda a atuação da Advocacia Pública nos municípios brasileiros. A partir das enchentes históricas que assolaram o Estado do Rio Grande do Sul e centenas de cidades gaúchas em 2024, põe-se em relevo o papel dos Procuradores Municipais no enfrentamento dos inúmeros desafios advindos da crise climática. Busca-se, assim, avaliar o papel consultivo e preventivo da instituição, a fim de auxiliar no fortalecimento da gestão pública. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e documental. Ao final, conclui-se que a Advocacia Pública institucionalizada e estruturada é responsável pela orientação contínua aos gestores, tanto no exercício do controle interno de juridicidade do agir da Administração Pública quanto na proposição de soluções jurídicas. Por essa razão, a atuação dos Procuradores é preponderante para a reconstrução das cidades gaúchas e, em última análise, para o enfrentamento dos inúmeros e complexos desafios que as crises climáticas geram.

Palavras-chave: Advocacia Pública. Procuradores Municipais. Crise climática. Enchente. Rio Grande do Sul.

Abstract

This article explores the role of Public Prosecutors in Brazilian municipalities. Taking the historic floods that hit the state of Rio Grande do Sul and hundreds of cities in 2024, it highlights the role of municipal attorneys in dealing with the numerous challenges arising from the climate crisis. The aim is to evaluate the institution's advisory and preventive role, in order to help strengthen public management. The hypothetical-deductive method is used, based on bibliographical and documentary research. It is concluded that the institutionalized and structured Public Prosecutor's Office is responsible for providing continuous guidance to managers, both in exercising internal control of the legality of the actions of the Public Administration and in proposing legal solutions. For this reason, the work of Public Prosecutors is crucial to the reconstruction of Rio Grande do Sul's cities and, ultimately, to dealing with the numerous and complex challenges that climate crises create.

Keywords: Public Advocacy. Municipal Prosecutors. Climate crisis. Flooding. Rio Grande do Sul.

Sumário:

1. Introdução; 2. O status constitucional da Advocacia Pública; 2.1 A Advocacia Municipal 3. O papel do Procurador Municipal no enfrentamento de crises climáticas; 3.1 As enchentes históricas nos municípios gaúchos em 2024; 4. Considerações Finais; 5. Notas; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os momentos de crise – sejam eles de ordem econômica, humanitária, política – demandam da sociedade e das instituições públicas a adoção de medidas a salvaguardar a dignidade da pessoa humana a que preceitua o Art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988). A pandemia de COVID-19, por exemplo, pôs em relevo a importância da atuação conjunta dos setores sociais no enfrentamento de uma problemática global, com reflexos de grande impacto no cenário local. Sobrelevou, ainda, que a gestão da crise, liderada pelos chefes do Poder Executivo, exigiu um assessoramento técnico-jurídico para dirimir as diversas e complexas questões que surgiram nas circunstâncias pandêmicas.

Em 2024, um evento climático de grandes proporções afetou o sul do Brasil, especialmente o Estado do Rio Grande do Sul. Fortes chuvas atingiram a região, provocando enchentes na maior parte dos municípios gaúchos, conforme dados ofertados pela Defesa Civil.¹ Uma nova crise surgiu e, com ela, a necessidade de adotar medidas emergenciais para salvar vidas, resgatar os desaparecidos, oferecer abrigos aos desalojados, garantir a segurança das pessoas, dentre tantas outras. Os alagamentos que assolaram as cidades deixaram um rastro de destruição incalculável.

Desde a redução do nível dos rios e lagos, a busca pelo retorno à normalidade perpassa por diversos desafios. A reconstrução das cidades exige não apenas os reparos aos danos materiais nas ruas, prédios e casas, mas, também, a retomada das atividades escolares, a reorganização da economia e dos postos de trabalhos, a garantia do fornecimento de energia elétrica e água potável. Temas sensíveis à realidade local que interpelam a atuação eficiente dos recursos públicos para o atendimento das inúmeras necessidades sociais.

É nesse cenário que emerge a reflexão sobre o papel das Procuradorias Municipais no auxílio ao enfrentamento de crises, especialmente a climática, em razão dos recentes acontecimentos. A partir dos severos impactos das enchentes nas cidades gaúchas, busca-se analisar a atuação dos advogados públicos – e os contributos possíveis – para solucionar os problemas advindos da crise.

O objetivo geral é averiguar de quais maneiras a atuação do Procurador Municipal pode contribuir para a resolução das problemáticas que surgiram a partir das enchentes. Mas não se limita a isso. Busca-se, ainda, avaliar o papel consultivo e preventivo da instituição, a fim de auxiliar no fortalecimento da gestão pública. Para enveredar em tal análise, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e documental. Este artigo utilizará dados como premissas e a título exemplificativo, a fim de agregar ao exame do tema aspectos quantitativos e qualitativos.

O artigo divide-se em dois eixos centrais. No primeiro tópico, examina-se o status constitucional da Advocacia Pública, perpassando pela análise à função essencial à justiça, inclusive quanto à estruturação da instituição no âmbito municipal e ao entendi-

mento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do tema. No segundo, investiga-se o papel dos Procuradores Municipais na eficiência na gestão pública, sobretudo em momentos de crise climática, como a enfrentada pelos municípios gaúchos. Ao final, com base na bibliografia e nos dados examinados, são apresentados os resultados da pesquisa.

2. O STATUS CONSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA

A Advocacia Pública, inserida em um contexto de Estado Democrático de Direito, foi pensada pelo constituinte como uma instituição de Estado, de caráter suprapartidário, incumbida de auxiliar o Poder Executivo na tomada de decisões. Conforme Mattos (2016), a instituição adquiriu status constitucional e passou a desempenhar papel singular no fortalecimento da democracia brasileira. O exercício do controle preventivo dos atos administrativos e da orientação jurídica aos gestores para a execução de políticas públicas são exemplos das atividades desempenhadas pelos Advogados Públicos.

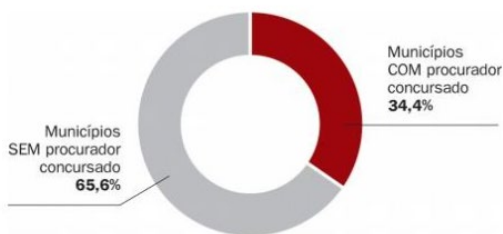
Dessa forma, por se tratar de instituição permanente,² a Advocacia Pública constituiu-se como Função Essencial à Justiça, conforme previsto no Título IV, Capítulo IV, que trata da Organização dos Poderes. No texto constitucional, tal função está prevista separadamente aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Trata-se, pois, de função de Estado, que desempenha atribuições intrinsecamente ligadas à viabilização dos direitos fundamentais sociais (Celestino; Bôas, 2017).

A previsão acerca da Advocacia Pública na CF/1988 foi feita de forma expressa em relação à União, aos Estados e ao Distrito Federal. As disposições nos Arts. 131³ e 132⁴ tratam da investidura de membros em cargos de provimento efetivo mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, da organização e funcionamento por meio de lei complementar e de estabilidade após três anos de efetivo exercício.

Todavia, não há disposição própria no texto constitucional para a Advocacia Pública no âmbito municipal. Diante dessa problemática, a Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), em parceria com a Herkenhoff & Prates, desenvolveu o 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil,⁵ uma pesquisa ampla, de caráter científico, que tem por objetivo averiguar o panorama do exercício das funções típicas do Procurador nos municípios. Dentre os diversos dados coletados, cita-se a verificação de que 65,6% dos municípios brasileiros não possuem Advogado Público concursado.

Isso significa que dos 5.770 (cinco mil setecentos e setenta) municípios, cerca de 3.654 (três mil seiscentos e cinquenta e quatro) municípios não contam com a atuação de pelo menos um Procurador efetivo, aprovado em concurso público específico para a carreira (Mendonça; Vieira; Porto, 2018). A figura a seguir retrata esses dados:

Figura 1 – Municípios com Procurador concursado no Brasil



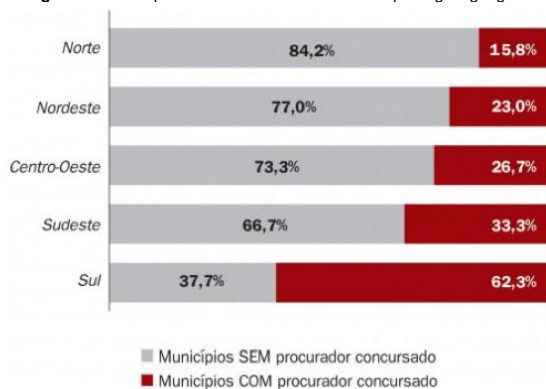
n = 360. Erro amostral = 5%. Nível de confiança = 95%. Amostra 3 (probabilística).

Fonte: 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil (2016).

Ainda segundo o referido Diagnóstico, a institucionalização das Procuradorias Municipais depende de previsão e organização em lei municipal, mas não apenas isso, pois leva em consideração, também, a estruturação da Advocacia Pública no âmbito municipal, com a presença de Procuradores efetivos, aprovados em concurso público de provas e títulos.

Por conseguinte, o Diagnóstico em questão observou que o índice de institucionalização é decrescente da região Sul para a região Norte do Brasil, de modo que 62,3% e 33,3% dos municípios das regiões Sul e Sudeste, respectivamente, contam com Procurador concursado, enquanto que, nas regiões Norte e Nordeste, essa porcentagem é de 15,8% e 23,0%, nessa ordem. Dos municípios da região Centro-Oeste, por sua vez, 26,7% contam com Procurador concursado para a carreira, conforme se extrai da figura abaixo:

Figura 2 – Municípios com Procurador concursado por região geográfica



Fonte: 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil (2016).

Apesar disso, o conjunto de disposições constitucionais que versam sobre a instituição e a carreira dos Procuradores nas esferas federal, estadual e distrital devem ser seguidos pelos municípios. Dentre as razões para tanto, cita-se o Art. 1º, *caput*, da CF/1988, que conferiu aos entes municipais posição singular na tradição histórica brasileira, de

forma nunca antes vista (Fernandes, 2013). Ao contrário da condição de mera unidade administrativa inferior que ocupavam nas ordens constitucionais anteriores, tornaram-se entes da federação.

Ademais, o Art. 18, *caput*, da CF/1988 previu a autonomia municipal em situação semelhante à dos demais entes federativos. Dessa maneira, tais disposições constitucionais, além das normas que conferem atribuições exclusivas aos municípios, reforçam a autonomia concedida aos mesmos, haja vista que os colocam em condição similar à União, aos Estados e ao Distrito Federal, pautando-se na inexistência de hierarquia. Assim, embora não haja similaridade de competências entre Estados e Municípios, é evidente constatar a autonomia conferida pela CF/1988 aos municípios, aos quais está positivado um complexo de competências próprias, principalmente em comparação com os regimes constitucionais anteriores.

Cumpra salientar que em busca de suprir tal ausência, foi apresentada no Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 28/2023, tendo como 1º signatário o Senador Veneziano Vital do Rêgo (MDB/PB). A PEC altera a redação do Art. 132 da CF/1988 para incluir os Procuradores dos Municípios entre os que compõem a Advocacia Pública. O Art. 1º, *caput*, do texto inicial dispõe o seguinte:

Art. 1º O art. 132 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 132. Os Procuradores dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.” (Brasil, 2023).

Ainda em tramitação, a PEC se fundamenta, dentre outras justificativas, no tratamento isonômico que a CF/1988 prevê, em diversas normas, para a Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Busca-se, então, um aprimoramento constitucional, com vistas a estabelecer que o modelo seguido nas Procuradorias do Estado e do Distrito Federal deve ser instituído expressamente, também, para as Procuradorias no âmbito municipal.

A despeito dessa relevante iniciativa, salienta-se que, na visão de Madureira (2015), não houve simples omissão na CF/1988 em relação à instituição da Advocacia Pública nos entes municipais, ressaltando que há uma razoável suposição de que o poder constituinte originário tenha atribuído o critério ao poder constituinte derivado para instituir as Procuradorias Municipais. Tal opção se explicaria em razão das proporções territoriais e da disponibilidade financeira dos municípios. Como será visto na sequência, o STF se posiciona no sentido de que os municípios não são obrigados a instituir a Procuradoria Municipal, ante a inexistência de norma constitucional de reprodução obrigatória.

Apesar da ausência de obrigatoriedade de criação de órgãos próprios da Advocacia Pública no âmbito municipal, o STF, na apreciação do RE 663.696/MG,⁶ considerou expressamente, em sede de repercussão geral, a Advocacia Pública Municipal como uma das Funções Essenciais à Justiça (Tese 510), de modo a destacar que os Procuradores Municipais também atuam para salvaguardar os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito e, para tanto, o teto remuneratório deles deve se submeter ao subsídio

dos desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais, nos termos da parte final do Art. 37, XI, da CF/1988.⁷

Entende-se para que a Advocacia Pública exerça a Função Essencial à Justiça, conforme estabelecido constitucionalmente, é imperioso que não haja interferência externa que possa intervir na autonomia administrativa, orçamentária e financeira, responsável por definir e organizar a estrutura, a gestão e a carreira de tal instituição. Essa autonomia não é apenas relevante para a estruturação interna, mas, também, para o desempenho dos deveres funcionais, como análise prévia dos atos administrativos, por meio de controle de legalidade, o que demonstra que a autonomia mencionada, em suas duas vertentes, rompe com a subordinação da Advocacia Pública ao órgão gestor assessorado (Munakata, 2019).

A propósito, em recentes julgados, ocorridos em abril e em agosto de 2024, o STF manifestou-se sobre a densidade constitucional da Advocacia Pública Municipal (Almeida; Tavares; Souza Neto, 2024). O primeiro citado é a ADI 6.331/PE, ajuizada em face de emenda à Constituição do Estado de Pernambuco. Por meio da representação de inconstitucionalidade apresentada pela Associação Nacional das Procuradoras e dos Procuradores Municipais (ANPM), a Procuradoria-Geral da República ajuizou a Ação Direta de Constitucionalidade para contestar os dispositivos que previam ser possível a contratação de advogados privados para o desempenho de atribuições dos órgãos de Advocacia Pública. Em análise, o STF decidiu que a autorização aludida viola a regra constitucional do concurso público, nos termos seguintes:

4. Realizada a opção política municipal de instituição de órgão próprio de procuradoria, a composição de seu corpo técnico está vinculada à incidência das regras constitucionais, dentre as quais o inafastável dever de promoção de concurso público (artigo 37, inciso II, da Constituição Federal). 5. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para: (i) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 81-A, caput, da Constituição do Estado de Pernambuco, no sentido de que a instituição de Procuradorias municipais depende de escolha política autônoma de cada município, no exercício da prerrogativa de sua auto-organização, sem que essa obrigatoriedade derive automaticamente da previsão de normas estaduais; (ii) declarar a inconstitucionalidade do § 1º e do § 3º art. 81-A da Constituição do Estado de Pernambuco, tendo em vista que, feita a opção municipal pela criação de um corpo próprio de procuradores, a realização de concurso público é a única forma constitucionalmente possível de provimento desses cargos (art. 37, II, da CRFB/88), ressalvadas as situações excepcionais situações em que também à União, aos Estados e ao Distrito Federal pode ser possível a contratação de advogados externos, conforme os parâmetros reconhecidos pela jurisprudência desta Corte." (ADI 6331, Relator LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09-04-2024, DJe-s/n 25-04-2024). (STF, 2024, n.p.)

Na ADPF 1.037/AP, levou-se ao STF a apreciação acerca da usurpação das incumbências constitucionais da Advocacia Pública Municipal por ocupantes de cargos comissionados no Município de Macapá/AP. Em exame, o Tribunal Pleno da Suprema Corte decidiu que, em tendo sido criada Procuradoria Municipal, deve ser observada a unicidade institucional. Há, pois, exclusividade do exercício das atividades de assessoramento, consultoria e representação judicial e extrajudicial. Desse modo, verifica-se a "impossibilidade de ocupantes de cargos em comissão, estranhos ao quadro da Procuradoria-Geral do Município, exercerem as funções próprias dos Procuradores Municipais" (STF, 2024).⁸

Salienta-se que, em razão da exclusividade e da essencialidade da função desempenhada pela Advocacia Pública, o STF, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.261,⁹ já havia se pronunciado pela inconstitucionalidade de dispositivo de lei que autorizava o exercício das atividades de assessoramento jurídico do Poder Executivo por ocupantes de cargo em comissão, pontuando que a investidura do cargo depende, sempre, de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos.

Em 2014, o STF já havia manifestado tal em relação às Procuradorias dos Estados:

É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. – A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais. (ADI 4843 MC-ED-Ref, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11-12-2014, DJe-032 18-02-2015) (STF, 2014, n. p.)

Diante desse cenário, em busca de garantir a exclusividade do exercício das funções típicas da Advocacia Pública aos Procuradores efetivos, o verbete da súmula nº 1¹⁰ foi editado pela Comissão Nacional da Advocacia Pública, instituída no âmbito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Destarte, quando os entes federados promovem a realização de contratação temporária e o provimento em comissão de pessoas para exercerem as atribuições típicas dos Procuradores, verifica-se a violação aos dispositivos constitucionais atinentes à Advocacia Pública. Trata-se de afronta às características de permanência e essencialidade da instituição em questão, bem como aos atributos de exclusividade dos membros para o desempenho das funções típicas (Martins Júnior, 2019).

O julgamento das referidas ações¹¹ marca a existência de precedente do Plenário do STF e a consolidação da jurisprudência no sentido de que, após a opção pela instituição da Procuradoria Municipal, a composição do órgão deve observar o modelo constitucional atribuído às Procuradorias dos Estados e à Advocacia-Geral da União. Assim, diante da necessidade de concurso público, servidores ocupantes de cargo em comissão não podem desempenhar as funções de representação judicial e extrajudicial, de assessoria e de consultoria jurídica.

3. O PAPEL DO PROCURADOR MUNICIPAL NO ENFRENTAMENTO DE CRISES CLIMÁTICAS

Sabe-se da responsabilidade dos municípios, entes federativos que estão mais próximos da realidade local, na execução da política de desenvolvimento urbano. Busca-se, precipuamente, garantir o atendimento das necessidades básicas dos municípios. Para

tanto, o papel do Procurador Municipal, no desempenho das atividades de consultoria, de assessoramento jurídico, são, especialmente, relevantes à concretização de políticas públicas e ao desenvolvimento socioeconômico. Em última análise, o trabalho realizado junto às Procuradorias visa ao aprimoramento da qualidade da gestão nos municípios brasileiros, à promoção de políticas locais sólidas, a fim de propiciar a melhoria na qualidade da ação governamental, conforme as diretrizes previstas na CF/1988 (Feijó; Sousa, 2021).

O Art. 182 da CF/1988¹² prevê aos municípios prescreve a competência de promover o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo aos cidadãos condições mínimas para a promoção de uma vida digna. Nesse sentido, o protagonismo dos municípios está atrelado à proximidade dos problemas locais, pois é no cotidiano das cidades que as políticas públicas são aplicadas. Justamente por isso, sobrepõe-se a função de assessorar os administradores para a execução de tais programas. A realização do controle prévio de legalidade e eficiência dos atos praticados pela Administração Pública é, dessa forma, aspecto relevante para o desenvolvimento das cidades (Mourão; Vieira, 2018).

Para o desempenho dessas atividades, faz-se necessária a existência da prerrogativa da independência técnica, também chamada de independência funcional, que se consubstancia na liberdade de orientação científica, de consciência, de construção da convicção embasada no ordenamento jurídico vigente. Além disso, outras garantias que devem ser reservadas à própria instituição, a exemplo da autonomia administrativa, financeira e orçamentária para melhor gerir a estrutura interna (Munakata, 2019). A partir desses elementos, o desempenho do controle interno de juridicidade pode se dar de forma mais segura, reduzindo-se as interferências externas e as pressões por determinado posicionamento.

A propósito, Dutra (2017) defende a importância de que o desenho institucional da Advocacia Pública seja aprimorado, a fim de que sejam conferidas garantias mínimas e prerrogativas suficientes para que os membros da carreira em todos os entes, inclusive no âmbito municipal, possam realizar a missão constitucional conferida de forma plena e independente, livre das perseguições e represálias que impeçam o desempenho da competência institucional. Tais aspectos são fundamentais para a realização das funções típicas, como o controle prévio de juridicidade dos atos administrativos, a compatibilização das políticas públicas com o ordenamento jurídico pátrio e a tutela do interesse público, conferindo segurança jurídica à gestão pública.

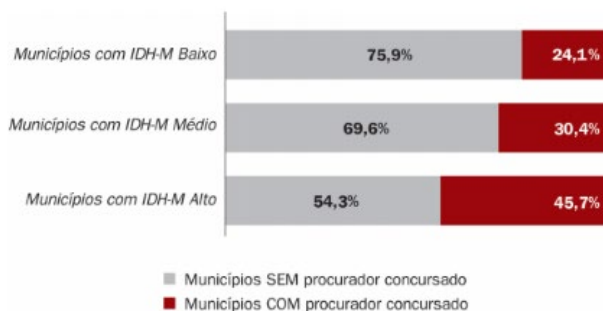
Tendo em vista a essencialidade das funções desempenhadas pela Advocacia Pública, observa-se a necessidade de estruturação da instituição, especialmente no âmbito municipal. Por desempenhar a advocacia do ente público, isto é, a Advocacia de Estado (não de governo),¹³ revela-se primordial que haja a estruturação da carreira nos municípios, com a instituição ao menos de um cargo de Procurador Municipal, a ser provido por meio de concurso público.

As crises climáticas, que têm sido mais frequentes ao redor do globo, causam impactos em larga escala. Tais efeitos – de ordem econômica, sanitária e social, sobretudo – são sentidos de forma mais profundas nos municípios, na rotina das pessoas. Nessas áreas a atuação do chefe do Poder Executivo precisa contar com um assessoramento

técnico-jurídico sólido, capaz de orientar a utilização dos recursos públicos de forma eficiente, baseada nos princípios da legalidade, da economicidade, da impessoalidade, dentre outros, a partir dos mecanismos previstos na legislação.

A propósito, de acordo com o 1º Diagnóstico de Advocacia Pública Municipal no Brasil, a existência de pelo menos um Procurador concursado está atrelada ao nível de desenvolvimento humano das cidades, assim considerado com base no Índice de Desenvolvimento Humano Municipal de 2010 (IDHM 2010), que leva em consideração longevidade, educação e renda, de acordo com as mesmas dimensões do IDH Global.

Figura 3 – Proporção de municípios brasileiros que contam com Procurador concursado para a carreira, por Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM 2010)



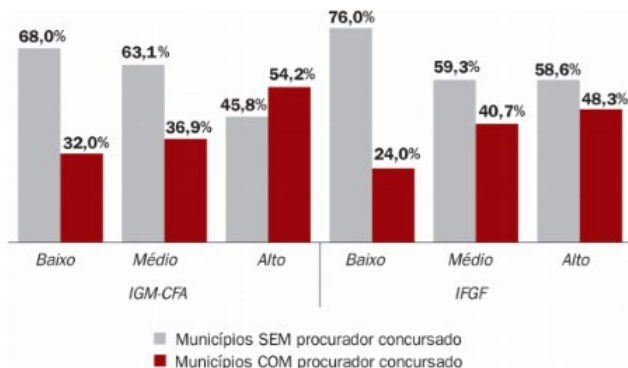
n = 360. Erro amostral = 5%. Nível de confiança = 95%. Amostra 3 (probabilística).

Fonte: 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil (2016).

Nota-se que os municípios que contam com Procurador concursado possuem níveis mais elevados de desenvolvimento humano. Assim, dentre os municípios que possuem IDHM Alto (união das faixas Alto e Muito Alto), 45,7% contam com Procurador efetivado mediante concurso público.¹⁴ Em relação ao IDHM Médio, a porcentagem cai para 30,4%, e somente 24,1% nos municípios com IDHM Baixo (união das faixas Muito Baixo e Baixo). Diante disso, conclui-se que: “[...] As regiões Sul e Sudeste, nas quais se identificaram maiores percentuais de municípios com concursados, são aquelas que também possuem níveis mais elevados de desenvolvimento humano, o que reforça a correlação entre esses fatores”. (Mendonça; Vieira; Porto, 2018, p. 38).

Além disso, a presença de Procuradores concursados nos municípios brasileiros se relaciona com a eficiência na gestão pública. A análise do Diagnóstico teve por base dois indicadores de qualidade da gestão pública, a saber: (i) o Índice de Governança Municipal do Conselho Federal de Administração (IGM-CFA), que leva em consideração gastos e finanças públicas, qualidade da gestão e desempenho; e (ii) e o Índice de Gestão Fiscal da Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (IFGF), que avalia a administração dos tributos e a responsabilidade administrativa e fiscal dos municípios. A figura a seguir ilustra os resultados encontrados:

Figura 4 – Proporção de municípios brasileiros que contam com Procurador concursado para a carreira, por indicadores de qualidade da gestão pública (IGM-CFA e IFGF)



n = 303. Não há dados do IFGF para 57 municípios da amostra analisada. Amostra 3.

Fonte: 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil (2016).

Destarte, quanto maior o percentual de municípios com pelo menos um Procurador concursado para a carreira, maiores, também, os níveis de qualidade da gestão pública. Assim, dentre as cidades com IGM-CFA Alto, 54,2% contam com Procurador concursado. Entre aquelas com IGM-CFA Baixo o percentual é de apenas 32,0%. Seguindo parâmetros similares, entre os municípios com o índice IFGF Alto, 48,3% possuem Procurador efetivado por meio de concurso público específico para a carreira, ao passo que a porcentagem cai para 24,0% entre os municípios que detêm IFGF classificado como Baixo.

Em que pese não seja possível atribuir relação direta de causa e efeito, os dados denotam uma tendência de que Procuradores Municipais investidos no cargo por meio de concurso público contribuem para melhores índices de eficiência na gestão (Mourão; Vieira, 2018). Isto porque, como já referido, o papel de desempenhar o controle interno dos atos administrativos é de suma importância para coibir condutas ilegais, corruptas, com desvio de finalidade. A conformação ao Direito é elemento essencial para o desenvolvimento dos programas governamentais e a atuação dos Advogados Públicos está intimamente ligada à orientação do Gestor ao atendimento das demandas sociais a partir dos instrumentos legais disponíveis.

3.1 AS ENCHENTES HISTÓRICAS NOS MUNICÍPIOS GAÚCHOS EM 2024

A crise climática é uma das três emergências que a sociedade convive atualmente, ao lado da crise na saúde e da crise de perda de biodiversidade. As mudanças no clima – inauguradas, entre outros, pelo desmatamento, pela degradação do solo, pela poluição do ar – têm provocado alterações nos ecossistemas. No Brasil, houve acentuado aumento de temperatura no último século, além de alterações na precipitação e na circulação atmosférica (Artaxo, 2020).

De acordo com as Nações Unidas no Brasil (2024), as mudanças climáticas são transformações a longo prazo nos padrões de temperatura e clima. As ações humanas representam o principal fator propulsor para as alterações no clima, sobretudo em razão da queima de combustíveis fósseis. Isso, por sua vez, gera impactos a nível global, vez que o planeta é um sistema e,

como tal, está conectado. Os efeitos dessas mudanças climáticas incluem, ainda, incêndios nas florestas, falta de água, tempestades e inundações. A crise climática é, pois, a emergência que desponta da necessidade de buscar soluções para lidar com essas transformações.

Nesse sentido, Artaxo (2020, p. 57) observa que:

O Brasil mostra vulnerabilidades importantes nas áreas ambiental e climática. O observado aumento da frequência e intensidade de eventos climáticos extremos tem impactado sobremaneira nossa população, a economia e o funcionamento dos ecossistemas. Os eventos climáticos extremos impactam a produção agrícola, a infraestrutura costeira, a disponibilidade de recursos hídricos, e a qualidade ambiental das cidades entre muitos outros efeitos (Artaxo, 2020, p. 57).

No período compreendido entre o fim do mês de abril e o início de maio de 2024, o Estado do Rio Grande do Sul foi severamente afetado por fortes chuvas, o que provocou inundações na maior parte das cidades. O nível do Lago Guaíba atingiu 5 metros e 30 centímetros, de acordo com o Instituto de Pesquisas Hidráulicas (IPH) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, 2024). O impacto das chuvas, do ponto de vista quantitativo, conforme dados da Defesa Civil,¹⁵ foi o seguinte:

Tabela 1 – Balanço das enchentes (até 20 de agosto de 2024)

Situação	Quantidade
Municípios afetados	478
População afetada	2.398.255
Feridos	806
Desaparecidos	27
Óbitos	183

Fonte: Autoria própria com base nos dados da Defesa Civil do Estado do Rio Grande do Sul (2024).

Os dados, ainda que apenas numericamente, retratam a intensidade do desastre natural. A cidade de Porto Alegre foi afetada pela enchente com as maiores proporções já vistas. O alto índice pluviométrico contribuiu para aumentar os níveis dos afluentes que desembocam no Lago Guaíba, o qual se situa às margens da capital gaúcha. A marca da água ultrapassou, inclusive, o pico histórico verificado na enchente de 1941, quando chegou a 4 metros e 76 centímetros¹⁶ (Almeida; Sousa; Martins, 2024).

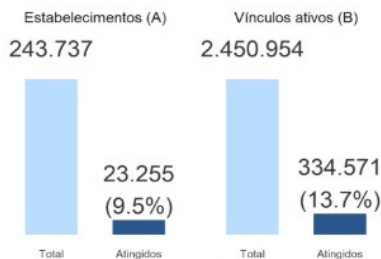
As estimativas revelam que a maior parte do Estado foi afetada. As fortes chuvas e os alagamentos provocaram danos severos, de difícil mensuração, nos mais diversos setores da vida. Diante desse contexto, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) divulgou, no início do mês de julho de 2024, uma Nota Técnica por meio da qual são apresentados dados sobre o impacto da catástrofe ambiental do ponto de vista econômico.

O Ipea (2024) avaliou que 23,3 mil estabelecimentos e 334,6 mil postos de trabalho foram diretamente atingidos pelos eventos climáticos extremos. A estimativa tem por base os endereços registrados no eSocial. Segundo dados de abril de 2024, o Ipea (2024) mencionou que os municípios afetados apresentavam um total de 243,7 mil estabelecimentos privados (estabelecimentos que não pertencem à administração pública ou a empresas públicas) e 2,45 milhões de postos de trabalho.¹⁷

A figura a seguir revela os dados dos estabelecimentos e dos postos de trabalho nos municípios em estado de calamidade e de emergências que foram afetados pelas enchentes.

Figura 5 – Total de estabelecimentos e postos de trabalho registrados no eSocial diretamente atingidos

Total de (A) estabelecimentos e (B) postos de trabalho registrados no eSocial diretamente atingidos pelos eventos climáticos nos municípios em calamidade pública. Rio Grande do Sul, 2024.



Fonte: Mancha de impacto (Namikawa et al., 2024), e eSocial (MTE).

Nota: Elaboração própria. Estabelecimentos considerados "diretamente atingidos" foram aqueles cujas coordenadas dos endereços estavam dentro da mancha de impacto (inundações e deslizamentos).

Obs. Estabelecimentos e vínculos ativos privados, i.e. desconsiderando-se administração pública e empresas públicas.

Fonte: Ipea (2024, p. 9).

A pesquisa realizada pelo Ipea (2024) retrata apenas parcela dos impactos advindos das enchentes. A averiguação de todos os danos percebidos pela população e, principalmente, a elaboração de estratégias – a partir, inclusive, da utilização de instrumentos jurídicos – perpassa por uma atuação conjunta. Nesse sentido, o assessoramento técnico do gestor, na chefia do Poder Executivo, desponta como imprescindível, especialmente diante de situações como essa de desastres ambientais, que geram inúmeros desafios à cidade e à população. A reconstrução de casas, a oferta de subsídios aos atingidos, a retomada de postos de empregos e a continuidade dos serviços públicos são alguns exemplos da complexidade por trás da gestão pública.

Diante da emergência climática que marca a sociedade atual, Artaxo (2019) defende que ações conjuntas, a partir da integração de todos os níveis (desde o indivíduo, aos municípios, aos estados, aos países), são necessárias à construção de uma governança integrada. Com vistas a promover políticas públicas de enfrentamento das mudanças no clima. A atuação dos gestores deve ter como norte os objetivos da Agenda 2030 da ONU para o desenvolvimento sustentável e devem ser balizadas por estudos globais, a exemplo dos relatórios elaborados pelo Painel Intergovernamental para Mudanças Climáticas (IPCC).

Por conseguinte, com base nos aspectos delineados, entende-se que nos municípios não pode ficar ausente um órgão permanente de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e orientação jurídica. A Advocacia Pública institucionalizada e estruturada é responsável pela orientação contínua aos gestores, tanto no exercício do controle interno de juridicidade do agir da Administração Pública quanto na proposição de soluções jurídicas, à luz das normas constitucionais e legais, para os problemas sociais (Dutra, 2017; Madureira, 2017).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabendo-se que a crise climática é um desafio a ser enfrentado pela presente geração, faz-se necessário que as instituições públicas estejam atentas às medidas preventivas e mitigadoras dos danos. A gestão pública de qualidade perpassa pela condução assertiva

na rotina social e, sobretudo, em tempos desafiadores. As enchentes que assolaram o Estado do Rio Grande do Sul, e mais de quatrocentos municípios gaúchos, geraram diversos problemas que precisam ser solucionados. A população, severamente abalada, espera do poder público a adoção de providências eficientes, que atendam às necessidades urgentes e, pouco a pouco, contribuam para a retomada da normalidade.

Os impactos, como dito, são incalculáveis. Este estudo apenas apresentou um recorte do setor econômico e como as atividades foram afetadas pelas enchentes. Conforme explicado, dados do Ipea (2024) apontam que pelo menos 334,6 mil postos de trabalho foram diretamente atingidos. O cenário desafiador – de reconstrução das cidades – demanda do ente público uma postura assertiva, que utilize os recursos disponíveis de modo eficiente.

Nessa empreitada, acredita-se que o assessoramento jurídico feito por Procuradores Municipais – investidos no cargo por meio de concurso público, dotados de estabilidade e organizados em carreira – seja um elemento essencial à gestão pública. O 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil, pesquisa destacada neste artigo, concluiu que os municípios que contam com um Procurador concursado, pelo menos, possuem níveis mais elevados de desenvolvimento humano e de qualidade da gestão pública.

O enfrentamento das problemáticas advindas das enchentes realça a importância da Advocacia Pública nos municípios, os quais estão mais próximos à realidade social, à vida das pessoas. Trata-se de Função Essencial à Justiça e, como tal, deve ser fortalecida em todos os entes federativos. Inclusive, o papel relevante dos Procuradores na viabilização de políticas públicas, que visam a atender às necessidades dos municípios, consiste na orientação aos governantes na busca pela melhor alternativa para a implementação de tais ações, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

O fortalecimento dos municípios brasileiros demanda a presença de Procuradores que possam exercer, com estabilidade e autonomia, as funções típicas da Advocacia Pública, dentre elas a consultoria jurídica. O auxílio ao gestor na elaboração de um plano estratégico, com base nos instrumentos legais disponíveis, é preponderante para o desenvolvimento das cidades. É também, crucial, para a reconstrução das cidades gaúchas e, também, para o enfrentamento dos inúmeros e complexos desafios que as crises climáticas geram.

5. NOTAS

1. Conforme o último boletim disponibilizado pela Defesa Civil do Estado do Rio Grande do Sul sobre o balanço das enchentes, a quantidade de municípios afetados alcançou o número de 478.
2. A Advocacia Pública exerce atividade permanente, ainda que diante das alternâncias do poder e das alterações programáticas dos planos de governo.
3. Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei." (Brasil, 1988).

4. "Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias." (Brasil, 1988).

5. Os dados levantados e resultados obtidos do 1º Diagnóstico de Advocacia Pública Municipal no Brasil possuem credibilidade científica, de modo que o erro amostral é de 5% e o nível de confiança é de 95%. Veja-se: "Os resultados do presente Diagnóstico permitem inferir que 34,4% dos municípios brasileiros contam com ao menos um procurador municipal ativo, ocupante de cargo de provimento efetivo, após aprovação no respectivo concurso público específico para a carreira. Esse dado foi aferido por meio de amostra probabilística estratificada (Amostra 3), representativa para o conjunto de municípios brasileiros. A amostra permite a inferência para o conjunto desses municípios, com erro amostral de 5% e nível de confiança de 95% [...]". (Mendonça; Vieira; Porto, 2018, p. 34).

6. DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL ACERCA DO TETO APLICÁVEL AOS PROCURADORES DO MUNICÍPIO. SUBSÍDIO DO DESEMBARGADOR DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E NÃO DO PREFEITO. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. [...] Tese da Repercussão Geral: A expressão Procuradores, contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. (STF, 2019).

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

[...]

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;" (Brasil, 1988).

8. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Art. 43, V, §§ 4º e 5º, da Lei Complementar 136/2020, do Município de Macapá/AP. 3. Municípios não são obrigados a instituir Advocacia Pública Municipal. Liberdade de conformação. 4. Criada Procuradoria Municipal, há de observar-se a unicidade institucional. Exclusividade do exercício das funções de assessoramento e consultoria jurídica, bem assim de representação judicial e extrajudicial. Ressalvadas as hipóteses excepcionais, conforme a ju-

risprudência do STF. 5. Impossibilidade de ocupantes de cargos em comissão, estranhos ao quadro da Procuradoria-Geral do Município, exercerem as funções próprias dos Procuradores Municipais. 6. Parcial procedência do pedido. (ADPF 1037, Relator Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 19-08-2024, DJe-s/n 22-08-2024)." (STF, 2024b, n.p.).

9. "CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ACESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada. 2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. 3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. 4. Ação que se julga procedente". (STF, 2010).

10. OAB/Conselho Federal/Comissão Nacional da Advocacia Pública. "Súmula 1 - O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados, nos Municípios e no Distrito Federal, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988." (OAB, 2012).

11. ADI 6.331/PE e ADPF 1.037/AP.

12. "Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes" (Brasil, 1988).

13. A Advocacia de governo tem por finalidade defender os interesses dos governantes. A missão do Advogado Público não é a defesa das pretensões do governante, mas sim a salvaguarda do interesse público (Chehin; Martins, 2019).

14. Conferir Gráfico 4 (Mendonça; Vieira; Porto, 2018, p. 38) e Anexo D.

15. O último boletim divulgado é datado de 20 de agosto de 2024. Disponível em: <https://www.estado.rs.gov.br/defesa-civil-atualiza-balanco-das-enchentes-no-rs-20-8>. Acesso em: 05 nov. 2024.

16. Para maiores informações sobre a enchente de 1941, sugere-se conferir: GUIMARAENS, Rafael. A enchente de 41. Porto Alegre: Libretos, 2009.

17. O Ipea (2024, p. 12) salientou que: "Esta Nota Técnica apresenta uma estimativa da quantidade de empresas e postos de trabalho diretamente atingidos pelos eventos de enchentes e de deslizamentos de terra e de lama no Rio Grande do Sul em maio de 2024. Entendem-se como diretamente atingidos os estabelecimentos e postos de trabalho cujos locais de funcionamento foram atingidos pelos eventos ou que ficaram ilhados por conta de seus efeitos. A elaboração das estimativas envolveu a combinação de dados de imagens de satélite, modelos computacionais e registros administrativos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lilian Oliveira de Azevedo; TAVARES, Gustavo Machado; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A densidade constitucional da advocacia pública municipal. **Revista Consultor Jurídico**, 14 set. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-set-14/a-densidade-constitucional-da-advocacia-publica-municipal-reflexoes-da-adi-6331-pe-e-da-apdf-1037-ap/>. Acesso em: 20 out. 2024.

ALMEIDA, Lúcio Antônio Machado; SOUSA, Ana Beatriz Getelina; MARTINS, Thanius Silvano. Crises climáticas e a responsabilidade civil do Poder Público por desastres ambientais: possíveis omissões do município de Porto Alegre nas enchentes históricas de 2024. **Boletim Revista dos Tribunais Online**, v. 51, p. 1, 2024.

ARTAXO, Paulo. As três emergências que nossa sociedade enfrenta: saúde, biodiversidade e mudanças climáticas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 34, n. 100, p. 53-66, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/178752>. Acesso em: 03 nov. 2024.

ARTAXO, Paulo. Working together for Amazonia. **Editorial Science Magazine**, Nova Iorque, v. 363, edição 6425, p. 323, 2019. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.aaw6986>. Acesso em: 05 nov. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4261/RO**. Relator: Min. Ayres Brito. DJ: 20 ago. 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur181024/false>. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 6.331/PE**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 25 abr. 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur501445/false>. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 1037/AP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 22 out. 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur509307/false>. Acesso em: 21 out. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 28, de 2023**. Altera o art. 132 da Constituição Federal para incluir os Procuradores dos Municípios entre os que compõem a advocacia pública e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157895>. Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário, RE 663696 MG - Minas Gerais**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ, 28 fev. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur408947/false>. Acesso em: 19 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo nos Embargos de Declaração na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4843 MC-ED-Ref/PB**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 19 fev. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur292573/false>. Acesso em: 20 out. 2024.

CELESTINO, Karla Alexandra Falcão Vieira. BÔAS, Regina Vera Vilas. A efetivação dos direitos fundamentais sociais por meio da atuação concreta da advocacia pública municipal. *In*: CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezlerv. **Direito Municipal em debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. v. 3. p. 91-117.

DUTRA, Raphael Vasconcelos. As procuraturas municipais na Constituição da República e a necessidade de aperfeiçoamento do texto constitucional. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 9, n. 16, jan/jun 2017, p. 211-239.

FEIJÓ, Alexandro Rahbani Aragão; SOUSA, Ana Beatriz Getelina. A Advocacia Pública como função essencial à justiça nos municípios brasileiros. *In*: FLORIANO, Eduardo de Souza; CUNHA, Bruno Santos; TAVARES, Gustavo Machado (coord.). **Direito Municipal em Debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. v. 5. p. 17-41.

FERNANDES, Márcio Silva. **Isonomia entre entes federados**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema6/2013_2143.pdf. Acesso em: 17 out. 2024.

GUIMARAENS, Rafael. **A enchente de 41**. 1. ed. Porto Alegre: Libretos, 2009.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Uma estimativa de empresas e postos de trabalho diretamente atingidos pelas enchentes do Rio Grande do Sul em 2024**. Brasília: Ipea, 2024. 38 p. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/14186/1/NT_CGDTI_01_Publicacao_Expressa.pdf. Acesso em: 25 out. 2024.

MADUREIRA, Claudio Penedo. **Advocacia pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MADUREIRA, Claudio Penedo. A instituição de procuradorias municipais como imposição constitucional. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 9, n.16, jan/jun 2017, p. 211-239.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A profissionalização e a exclusividade da advocacia pública. *In*: MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami (coord.). **Advocacia pública contemporânea: desafios da defesa do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 23- 49.

MENDONÇA, Clarice Corrêa de; VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figueiredo. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018.

MOURÃO, Carlos Figueiredo; VIEIRA; Raphael Diógenes Serafim. A essencialidade das instituições para a edificação da democracia e o alarmante déficit da advocacia pública nos municípios. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, ano 19, n. 70, p. 51-71, out/dez. 2018.

MUNAKATA, Flávio Mitsuyoshi. Advocacia pública contemporânea – desafios da defesa do estado. *In*: MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami (coord.). **Advocacia pública contemporânea: desafios da defesa do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 79-104.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **O que são as mudanças climáticas?** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/150491-o-que-s%C3%A3o-mudan%C3%A7as-clim%C3%A1ticas#:~:text=As%20mudan%C3%A7as%20clim%C3%A1ticas%20s%C3%A3o%20transforma%C3%A7%C3%B5es,is%20disabled%20in%20your%20browser>. Acesso em: 04 nov. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Defesa Civil. **Defesa Civil atualiza balanço das enchentes no RS – 20/08.** Disponível em: <https://www.estado.rs.gov.br/defesa-civil-atualiza-balanco-das-enchentes-no-rs-20-8>. Acesso em: 18 out. 2024.

UFRGS. Previsões atualizadas de níveis d'água no Guaíba - sexta-feira, 17 de maio de 2024, 12h. **Instituto de Pesquisas Hidráulica.** Disponível em: <https://www.ufrgs.br/iph/previsoes-atualizadas-de-niveis-dagua-no-guaiba-sexta-feira-17-05-24-12/>. Acesso em: 29 out. 2024.

Recebido em: 12/11/2024

Aceito em: 03/12/2024

MECANISMOS DE CONTROLE INTERNO NO DIÁLOGO COMPETITIVO

Internal Control Mechanisms in the Competitive Dialogue

Paula Cintra Fernandes

Advogada (CE, Brasil), com atuação em Direito Administrativo em matérias de Licitações e Contratos, Concursos Públicos, Improbidade Administrativa, Tribunais de Contas e Direito Administrativo Sancionador, pós-graduada em Direito Administrativo.

Vladia Pompeu

Procuradora da Fazenda Nacional (CE, Brasil). Doutoranda em Direito Constitucional pelo IDP. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UniCeub. Mestre em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo pela Universidade Pablo de Olavide. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade de Brasília. Pós-graduada em Direito e Processo Tributário pela UniFor.

Resumo

O presente artigo visa uma análise a respeito do diálogo competitivo, nova modalidade licitatória introduzida pela Lei nº 14.133/2021. Seu objetivo é se aprofundar nos receios dos agentes públicos e econômicos na condução da primeira fase do diálogo, momento em que é necessária a comunicação entre os agentes para se definir o objeto da contratação futura. Tais receios vêm obstaculizando a utilização de tal modalidade e se dão em razão dos riscos que costumam circundar as comunicações público-privadas, e serão analisados à luz dos mecanismos de controle interno previstos na Lei. O cerne do artigo é avaliar se os mecanismos de controle são aptos a prestarem maior segurança ao procedimento e aos agentes que irão conduzi-lo. Concluiu-se que a eficácia de tais mecanismos depende não somente do estabelecimento de regras e procedimentos claros de controle e do acompanhamento contínuo e proativo pelos órgãos internos responsáveis, como também da efetiva regulamentação de determinadas previsões legais.

Palavras-chave: Licitação. Diálogo competitivo. Comunicação. Risco. Controle interno.

Abstract

This article aims to analyze the competitive dialogue, a new procurement method introduced by Law No. 14,133/2021. The primary objective is to explore the concerns of both public and economic stakeholders during the initial phase of the dialogue, wherein effective communication is necessary to define the scope of future contracts. These apprehensions have impeded the widespread adoption of this method and are due to risks usually associated with public-private communications. The article aims to analyze these concerns in the context of the internal control mechanisms outlined in the Law. The core of the analysis revolves around evaluating whether these control mechanisms can provide security to the procedure benefiting the participating agents. The findings indicate that the effectiveness of such mechanisms depends not only on the establishment of clear control rules and procedures and on continuous and proactive oversight by the responsible internal bodies, but also on the effective regulation of certain legal provisions.

Keywords: Procurement process. Competitive dialogue. Communications. Risk. Internal control.

Sumário:

1. Introdução; 2. Comunicações Público-Privadas e a Lei Nº 14.133/2021; 2.1. A Introdução do Diálogo Competitivo na Legislação Brasileira e as Comunicações Público-Privadas; 2.2. O Espaço para ocorrência de Fraudes na Primeira Fase do Diálogo Competitivo e o Risco Relacionado ao Exercício da Função Administrativa; 3. Prevenção a Fraudes e os Controles Previstos na Lei Nº 14.133/21; 3.1. Mecanismos de Controle Interno Previstos na Lei Nº 14.133/21; 3.2. Aplicação dos Mecanismos de Controle na Primeira Fase do Diálogo Competitivo Como Forma de Mitigação da Ocorrência de Fraudes; 4. Considerações finais; 5. Notas; Referências

1. INTRODUÇÃO

Uma das grandes novidades introduzidas ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos, ou “NLLC”) – e que vem sendo alvo de discussões desde sua promulgação – é o diálogo competitivo, modalidade licitatória não prevista na revogada Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. A ideia por trás do diálogo competitivo é a necessidade de uma cooperação entre a Administração e o particular no âmbito de contratações inovadoras.

Contudo, fato é que sempre houve significativas preocupações dos gestores públicos e econômicos em quaisquer assuntos relativos a comunicações público-privadas, sobretudo em razão da existência de um espaço – em tese – vulnerável e que possibilitaria a ocorrência de fraudes, irregularidades e acertos que frustram a competitividade das contratações administrativas. Esse receio vem sendo verificado quanto à utilização do diálogo competitivo, considerando a natureza de sua primeira fase fundada justamente na comunicação direta entre os agentes.

Paralelamente, a nova Lei, ao mesmo tempo em que instituiu nova modalidade licitatória, trouxe em sua redação uma presença muito mais significativa de mecanismos de controle a serem aplicados no âmbito das contratações públicas, com o objetivo de mitigar riscos e garantir um ambiente íntegro e seguro de licitações. Para fins deste trabalho, deve-se entender como controle interno aquele exercido pelo próprio órgão que emitiu o ato para fins de acompanhamento de sua execução e fiscalização de sua regularidade, legalidade, e eficiência, seja em caráter preventivo ou corretivo, distinto do controle externo, exercido pelo Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas.

Assim, verifica-se que (i) há uma problemática relacionada à nova modalidade licitatória, ao passo em que (ii) há inovações legislativas em matéria de controle que poderão endereçar as preocupações concretas relativas ao seu uso, razão pela qual foi elaborado o presente artigo, cujo objetivo é justamente explorar tal receio que permeia a primeira fase do diálogo competitivo e avaliar se os mecanismos de controle interno previstos na própria Lei nº 14.133/2021 são suficientes para transferir maior segurança ao procedimento e, sobretudo, maior confiança aos agentes envolvidos em utilizarem o diálogo. A elaboração do artigo também está relacionada às constantes discussões a respeito do diálogo competitivo que, contudo, não exploram com a devida completude a problemática aqui delimitada, sendo certo que o primeiro passo para solução de um obstáculo é o seu estudo e discussão, de forma a garantir a clareza necessária ao problema existente.

A própria natureza do diálogo competitivo é evidência de sua relevância, e consequente necessidade de garantir que seja devidamente utilizado. O objetivo de tal modalidade é viabilizar a condução de contratações inovadoras pela Administração Pública, incluindo um facilitador para definição de objetos complexos, qual seja, o diálogo prévio.

Sendo assim, o artigo foi desenvolvido com base em uma metodologia qualitativa, que incluiu a análise dos dispositivos legais aplicáveis, constantes da Nova Lei de Licitações, e avaliação de doutrinas pertinentes aos temas de licitações, controle interno, e diálogo competitivo. De início foram analisados os institutos de comunicação público-privado.

vada na legislação brasileira para se melhor compreender o contexto nacional em que foi introduzido o diálogo competitivo, tendo em vista que a sua primeira fase pressupõe um momento de intensas comunicações junto ao mercado para se chegar à solução a ser posteriormente licitada.

Então, foram tecidas considerações acerca do risco (tal como o risco de responsabilização sancionatória) relacionado ao exercício da função administrativa nesse ambiente e como ele se manifesta nas contratações públicas. Ao final, foi feita uma análise acerca da letra da Lei para verificar os mecanismos de controle interno nela previstos e, então, avaliar como pode se dar a sua aplicação dentro da fase de comunicações do diálogo competitivo, para analisar se o dito risco pode ser mitigado a partir de tais instrumentos.

2. COMUNICAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS E A LEI Nº 14.133/2021

2.1 A INTRODUÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E AS COMUNICAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS

O diálogo competitivo foi introduzido na legislação brasileira como modalidade licitatória excepcional – contudo, não inovadora, como se exporá adiante –, cujo cabimento está relacionado sobretudo à contratação de soluções complexas e inovações tecnológicas. A modalidade é restrita a determinadas hipóteses listadas no artigo 32, I e II da Nova Lei de Licitações e Contratos:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato. (Brasil, 2021)

Trata-se, portanto, de instituto a ser utilizado em contratos cujo escopo seja dotado de complexidade técnica, jurídica ou financeira, fazendo surgir a necessidade de a Administração Pública, em um primeiro momento, dialogar junto ao mercado para definir qual a solução existente que melhor atende à sua demanda, para então iniciar a fase competitiva da contratação.

Assim, será publicado um primeiro Edital que, a partir de critérios estritamente objetivos, selecionará os candidatos aptos a participarem do certame, e discorrerá sobre as necessidades e exigências da administração, “a fim de que o mercado compreenda os termos do diálogo” (Amorim, 2021, p. 135), conforme o artigo 32, § 1º, I. Uma vez selecionados, dar-se-á início à fase de comunicações com os participantes, que persistirá até que o ente público identifique a solução que melhor atende às suas necessidades. Selecionada

a solução, será publicado segundo Edital, que marca o início da fase competitiva e apresentação de propostas.

Vale dizer, a ideia de uma comunicação prévia entre a Administração Pública e o mercado, para que se possa prosseguir com a contratação de um produto ou serviço, não é um instituto inusitado. Alguns países da União Europeia já adotavam institutos muito semelhantes em suas legislações internas há algumas décadas (a partir da Diretiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, sucedida pela Diretiva nº 2014/24/EU), bem como os Estados Unidos (Moreira Filho, 2023, p. 4-7). Mesmo na legislação interna já havia procedimentos formalizados de diálogo entre os agentes, dentro e fora do ambiente de contratações públicas. Nota-se, assim, que uma prática já existente e já institucionalizada se tornou modalidade licitatória a partir do advento da Lei nº 14.133/2021.

O PMI (Procedimento de Manifestação de Interesse) é exemplo disso, e que em muito se assemelha aos objetivos almejados pelo diálogo competitivo. O PMI é instituto que permite que a Administração Pública oportunize a participação de particulares interessados em contribuir com estudos e projetos que antecedem uma futura licitação, previsto, por exemplo, no Decreto Federal nº 8.428/2015, no artigo 21 da Lei n. 8.987/1995 – Lei das Concessões –, artigo 2º da Lei nº 11.922/2009 – e artigo 31, §§4º e 5º da Lei 13.303/2016 – Lei das Estatais (Schiefler, 2016, p. 251-253).

Doutro lado, a audiência pública em licitação se aproxima ainda mais do diálogo competitivo, na medida em que consistia em etapa prévia e obrigatória nas hipóteses de licitações simultâneas ou sucessivas cujo valor fosse superior a cem vezes o equivalente a Cr\$ 1 bilhão. O Tribunal de Contas da União, inclusive, já havia se manifestado a respeito da imprescindibilidade de realização da audiência ainda que a contratação fosse dotada de baixa complexidade, de modo que a sua ausência consistiria em vício insanável apto a resultar na anulação do certame (Brasil, 2016). Essa era a previsão do artigo 39 da Lei nº 8.666/1993, contudo, a partir da NLLC, a audiência pública passou a ser ato discricionário da Administração.

Há também inúmeros outros exemplos de interações e cooperação público-privadas que transcendem o ambiente licitatório, a exemplo da negociação de acordos de leniência e a mediação junto à Administração Pública.

Todos esses momentos de comunicação entre agentes públicos e privados são necessários, seja por interesse econômico ou social. No âmbito das contratações, há a necessidade de compartilhamento de informações para melhor adequar e identificar o objeto da contratação, e mesmo para viabilizar a elaboração do instrumento convocatório.

Ocorre que em muitos desses cenários deu-se espaço para um ambiente nebuloso, que permitiu a realização de acordos informais às margens da legalidade, ou mesmo para grandes casos de corrupção e improbidade administrativa, e, paralelamente, passou a existir um risco quase inerente ao exercício da função administrativa, como se analisará adiante. E é em meio a esse histórico que foi introduzido o diálogo competitivo na legislação brasileira.

2.2 O ESPAÇO PARA OCORRÊNCIA DE FRAUDES NA PRIMEIRA FASE DO DIÁLOGO COMPETITIVO E O RISCO RELACIONADO AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

No contexto das contratações públicas, os diálogos entre particulares e o Estado estiveram muitas vezes permeados por um ambiente propício à ocorrência de ilícitudes, fraudes à competitividade e atos de corrupção. A falta de transparência e, por vezes, a ausência de mecanismos robustos de controle foram catalisadores para tais práticas, favorecendo acordos informais e acertos obscuros em detrimento da lisura do processo licitatório.

Houve ocasiões em que essa relação estreita entre os setores resultou em uma conivência que comprometeu a integridade das contratações. Os interesses comerciais e políticos se entrelaçaram, distorcendo os objetivos das licitações em assegurar a contratação de proposta mais vantajosa, o tratamento isonômico entre os licitantes e o incentivo à inovação e desenvolvimento (artigo 11 da NLLC). Evidência disso foram os índices de pessoas jurídicas declaradas inidôneas pelo TCU para licitar com a União nos anos de 2015 a 2018 – 74 pessoas jurídicas em 2015, 115 em 2016, 80 em 2017 e expressivamente 149 em 2018 (TCU, 2020).

Isso precedeu um aumento nos mecanismos de controle e na quantidade de processos administrativos e judiciais que buscam analisar a validade de atos administrativos, o que gerou um ambiente de insegurança e justificados receios quanto ao exercício da atividade administrativa (Justen Filho, 2024, p. 739).

Com efeito, diante da natureza da primeira fase dessa modalidade licitatória, surgiram discussões e preocupações quanto à condução do processo. Inserido em um contexto temporal e geográfico em que se debate o “Direito Administrativo do medo”, o diálogo competitivo veio permeado por um sentimento de apreensão, trazendo consigo reflexões, não somente acerca da segurança e lisura das interações entre os setores, mas também a respeito dos riscos aos agentes públicos investidos de competências decisórias.

No momento que segue a publicação do primeiro Edital e a pré-seleção dos participantes é que há a efetiva comunicação direta entre os agentes, fazendo surgir receios dos envolvidos de que sejam inseridos em um ambiente propício à eventual responsabilização, em atenção a um risco muitas vezes considerado como inerente ao exercício da função administrativa.

Esse risco foi bem-conceituado por Rodrigo Valgas dos Santos (2023, p. 359) como “toda incerteza que pode implicar a responsabilização administrativa, civil, penal ou política dos agentes públicos pelo exercício de suas funções, especialmente decorrentes da atividade decisória”, e é o que em alguns casos vem a ser chamado do Direito Administrativo do medo. Exemplo extremo desse contexto é o caso do Prefeito de Capela do Alto Alegre/BA, que viu Ação de Improbidade Administrativa ajuizada contra si em razão de ter comparecido no palco de Festa Junina patrocinada pelo Ministério do Turismo (Santos, 2023, p. 203).

Nesse meio, fato é que em muitos momentos observam-se receios de agentes envolvidos no processo licitatório quanto à tomada de decisões ou mesmo, por exemplo, ao

comparecimento em reuniões com potenciais participantes da licitação de forma a evitar “acusações de favorecimento” (Ribeiro, 2010, p. 58).

Outras razões que contribuíram para a formação desse cenário são o decurso de tempo entre o momento de tomada de decisão e a auditoria e fiscalização sobre a respectiva contratação, que pode eventualmente resultar em aplicação sancionatória anos após a execução do contrato (Dantas, 2020, p. 274), regras jurídicas eventualmente amplas e genéricas, e a própria insegurança jurídica em relação a um procedimento novo e ainda pouco explorado na prática, a despeito de a nova legislação estar em vigência há mais de três anos.

Há alguns possíveis produtos que surgem para contrapor tais riscos, (i) o já mencionado receio quanto à tomada de decisões ou processos que impliquem necessariamente diretas comunicações do agente público com o econômico, (ii) a adoção de mecanismos de controle interno e de gestão de riscos, e (iii) o controle externo exercido pelos órgãos responsáveis.

Sobre isso, em pesquisa conduzida pelo Laboratório de Inovação do Tribunal de Contas da União, o “TCU-coLAB-i”, em 2019, acerca do tema “contratação de soluções inovadoras pela administração pública”, 56% dos respondentes afirmaram que concordam ou concordam totalmente com a afirmativa de que “o medo do controle é um empecilho para o gestor público contratar soluções inovadoras”¹ (TCU, 2019).

Em contrapartida, verificou-se que isso não se traduz em uma visão de oposição à atuação do controle, uma vez que a maior parte dos respondentes afirmou discordar da afirmativa de que a atuação do controle externo atrapalha a contratação de soluções inovadoras para a administração pública, por exemplo. Participaram da pesquisa servidores, empregados, particulares em colaboração com o Poder Público, e outros, da Advocacia-Geral da União, Ministérios, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Contas da União, Agências Reguladoras, Autarquias, dentre outros, abrangendo indivíduos que atuam ou não com controle.

Os controles externo e interno, aliados aos mecanismos de gestão de riscos, operam em sinergia na fiscalização dos atos e contratos administrativos, visando primordialmente assegurar a integridade dos procedimentos e garantir a responsabilização em caso de irregularidades. No âmbito do controle interno, a Nova Lei de Licitações e Contratos introduziu inovações significativas, sobretudo em comparação com a legislação anterior, que podem se prestar para atender as expectativas dos gestores quanto ao diálogo.

3. PREVENÇÃO A FRAUDES E OS CONTROLES PREVISTOS NA LEI Nº 14.133/21

3.1 MECANISMOS DE CONTROLE INTERNO PREVISTOS NA LEI Nº 14.133/21

Em um Estado democrático, os controles – sejam eles internos ou externos – prestam-se para verificar a conformidade e racionalidade dos atos praticados pela Administração, bem como garantir a devida prestação de contas por todos os entes que gerem recursos públicos (Giamundo Neto, 2019, p. 27).

O controle interno traduz-se na fiscalização exercida “pela própria estrutura organizacional que pratica os atos objeto da fiscalização” (Justen Filho, 2023, p. 1735), e inserem-se em um conceito amplo de um programa de governança e cultura organizacional (Santos, 2023, p. 364), distinto do controle externo, exercido por um órgão apartado da estrutura na qual se insere o controlado, a cargo do Poder Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas.

A Lei nº 14.133/2021 ampliou significativamente a matéria do controle interno, pouco explorada pela legislação anterior, sendo que sua “mais significativa inovação é a proposta de constituição de um ambiente de integridade no relacionamento entre a Administração Pública e particular” (Justen Filho, 2023). Houve um reconhecimento de que tais controles são fundamentais para a obtenção dos resultados almejados pela contratação (SCGE, 2023), sendo inserido na lei, inclusive, Capítulo inteiramente dedicado à atuação do controle (Título IV - Das Irregularidades - Capítulo III - Do Controle das Contratações).

A nova Lei trouxe a ideia de que o controle é algo dinâmico e constante, que deve estar naturalmente inserido durante a condução de uma contratação administrativa. Uma novidade de relevo é a expressa previsão de que o agente de contratação, e a comissão de contratação quando for o caso, contará com apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e controle interno quando da condução do processo licitatório (artigo 8º, § 3º).

Outro tema sem correspondência na Lei anterior é aquele introduzido pelo artigo 11, parágrafo único. A sua redação ampla abarca o contexto da governança pública nas contratações, impondo à alta administração do órgão ou entidade responsável o dever de implementar procedimentos aptos a promoverem um meio íntegro, seguro e eficiente. Note-se que esse ambiente deverá corresponder a uma cultura geral de integridade dentro do órgão ou entidade, e não a imposição de determinadas regras a um procedimento licitatório específico (Justen Filho, 2023, p. 1735).

O conceito amplo de “alta administração” do órgão ou entidade foi explorado pela Portaria SEGES/ME nº 8.678 de 2021 – que dispõe sobre a governança das contratações públicas –, a qual definiu o termo como “gestores que integram o nível executivo do órgão ou da entidade, com poderes para estabelecer as políticas, os objetivos e conduzir a implementação da estratégia para cumprir a missão da organização”.

Esse dispositivo visa coibir não somente a criação de um espaço que permita o cometimento de atos ímprobos ou corruptos, mas garantir a própria eficiência na atuação administrativa e gestão de recursos públicos.

Em linha semelhante é a previsão do artigo 169, inserido no Capítulo específico que trata da atuação do controle. Em seu *caput*, o artigo impõe à alta administração o dever de adoção de práticas contínuas de gestão de riscos e controle preventivo. Em seus incisos são introduzidas as chamadas “três linhas de defesa”, sendo elas as autoridades que possuem atuação no processo de licitações e contratações públicas do órgão ou entidade (inciso I), as unidades setoriais de assessoramento jurídico e controle interno de cada órgão (inciso II), e o órgão de controle interno da Administração Pública e o Tribunal de Contas (inciso III).

Os integrantes das três linhas de defesa terão a obrigação de adotar medidas para o saneamento e mitigação de riscos oriundos de impropriedades formais, bem como providências para apuração de infrações que configurem dano à Administração, inclusive com a remessa de documentos ao Ministério Público competente (§ 3º).

No mesmo capítulo, o artigo 170 prevê que os órgãos de controle deverão adotar critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco quando da fiscalização dos atos previstos na lei, além de considerar “as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação”. Aqui nota-se a preservação do mérito dos atos administrativos praticados pelos controlados e a proteção do exercício da discricionariedade, pois, caso assim não fosse, estar-se-ia diante de um risco de assunção da decisão pelo órgão controlador (Justen Filho, 2023, p. 1743).

Por fim, também se verifica a atuação do controle no exame de legalidade e análise jurídica prévia realizada pelo órgão de assessoramento da Administração ao final da fase preparatória (artigo 53) e a própria fiscalização da execução do contrato (artigo 117).

Vale salientar que os mecanismos explorados terão, necessariamente, aplicações distintas em cada ente federativo, a depender do grau de complexidade da contratação. Aquilo que é suficiente no âmbito de um pequeno Município, por exemplo, não será adequado para um órgão ou ente sediado em uma grande capital e dotado de expressivos recursos econômicos e materiais (Justen Filho, 2023, p. 269).

Veja-se que os mecanismos percorridos até o momento são previstos para os processos licitatórios e de contratações públicas em geral. Há, contudo, ferramenta prevista pela legislação aplicável especificamente ao procedimento do diálogo competitivo, qual seja, a gravação das reuniões com os licitantes pré-selecionados em que serão discutidas as propostas e soluções (art. 32, § 1º, VI), que serão juntadas aos autos do processo licitatório (art. 32, § 1º, VIII). Tal previsão pode ser também traduzida na vedação à realização de reuniões informais.

Havia, originalmente, a previsão de um controle externo a ser especificamente aplicado ao diálogo competitivo, incerto no inciso XII, do § 1º do art. 32 da Lei, que foi vetado. Sua redação era a seguinte: “o órgão de controle externo poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade, antes da celebração do contrato”. Em razão do veto, a análise do órgão de controle externo não se tornou requisito à assinatura do contrato.

Por fim, cabe pontuar a título exemplificativo o Decreto Distrital nº 44.330 de 16 de março de 2023, que regulamenta a Lei nº 14.133/2021 no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Distrito Federal, que trouxe também previsões interessantes acerca do controle interno nas contratações.

No Decreto também consta previsão de auxílio da unidade de controle interno ao agente de contratação, definido tanto pela Lei como pelo Decreto como o indivíduo responsável pela tomada de decisões em prol da melhor condução da licitação, acompanhamento dos trâmites, impulsionamento do procedimento, dentre outras funções. Nesse contexto,

a unidade de controle interno deverá observar as normas emitidas pelo órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo, e se manifestará sobre aspectos de governança, gerenciamento de riscos e controles internos (artigo 17, § 3º).

O mesmo auxílio da unidade deverá ser fornecido à equipe de apoio do agente de contratação (artigo 18, parágrafo único), à comissão de contratação (artigo 20), ao gestor do contrato e aos fiscais técnicos, administrativos e setoriais (artigo 29).

Foram, ainda, elencadas as competências afetas à primeira e à segunda linhas de defesa, cabendo à primeira linha, não exaustivamente, o aperfeiçoamento dos sistemas de controle interno e a mitigação de riscos à integridade; e à segunda linha, funções como o monitoramento das atividades realizadas pela primeira linha e proposição de melhorias aos processos de gestão de riscos e controle interno por ela utilizados (artigo 35, §§ 1º e 2º). O Decreto também trouxe como objetivo do Plano de Contratações Anual do Distrito Federal a garantia da transparência e controle das contratações (artigo 40, inciso VIII).

Diante de uma pluralidade de novas disposições a serem aplicadas com objetivo de atuação do controle interno nas contratações públicas, se faz necessário avaliar se os mecanismos detêm aptidão para criarem um ambiente mais seguro dentro do diálogo competitivo.

3.2 APLICAÇÃO DOS MECANISMOS DE CONTROLE NA PRIMEIRA FASE DO DIÁLOGO COMPETITIVO COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE FRAUDES

Foram notórias as novidades introduzidas pela Lei nº 14.133/2021 em matérias de controle interno, o que, por si só, cria um ambiente de expectativas otimistas quanto à segurança do procedimento, inclusive quanto à confiança dos próprios gestores em conduzirem o diálogo. A partir da nova legislação foi finalmente instituída nas contratações públicas a ideia de que o controle é algo intrínseco, que deve ser realizado de forma permanente e contínua, não sendo algo a ser interpretado como uma dinâmica distante da atividade administrativa (Justen Filho, 2023, p. 1735). Contudo, isso pressupõe a adequada e completa aplicação dos mecanismos e procedimentos.

A implementação efetiva dos novos instrumentos será fundamental para garantir a integridade, transparência e eficiência do procedimento, possibilitando sejam alcançados os reais objetivos da licitação. Apesar da crença de que o modelo brasileiro de controle não é apto a produzir resultados eficazes em razão da existência de um relevante número de instrumentos e profusão de processos administrativos (Justen Filho, 2024, p. 733), os novos mecanismos dispostos na NLLC aparentam trazer um ambiente de maior segurança e conformidade, contanto que diante do imperativo de que os órgãos responsáveis adotem medidas concretas para promover a sua implementação e o fortalecimento do controle.

A previsão do artigo 8º, § 3º se prestará para orientar a atuação administrativa do agente ou comissão de contratação, garantindo um cumprimento mais claro das “exigências normativas e satisfação das necessidades coletivas”, uma das funções primordiais do controle (Justen Filho, 2023, p. 741), e tem o condão de dar-lhe mais segurança e confiança dentro do exercício de suas funções.

No diálogo competitivo, o processo será conduzido pela Comissão de Contratação, composta por ao menos três servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão (art. 32, § 1º, XI). Dessa forma, a comissão poderá contar com o apoio previsto no art. 8º, §3º, de forma que o órgão de controle interno poderá avaliar a regularidade e identificar falhas no processo – respeitada a autonomia da comissão – inclusive de forma a “prevenir providências mais severas por parte dos órgãos de controle externo” (Justen Filho, 2023, p. 226).

Nesse ponto, relevante a disposição do artigo 7º, § 1º, que prevê a necessidade de segregação de funções, na medida em que a autoridade a quem compete a promoção da gestão competências e designação de agentes públicos para o desempenho de funções necessárias à execução da lei não poderá designar o mesmo agente para atuação simultânea em diferentes funções suscetíveis a risco, justamente para reduzir a possibilidade de ocultação de erros e ocorrência de fraudes na contratação.

A disposição do artigo 8º é relevante e tem aptidão – em tese – para conferir maior segurança aos agentes que conduzirão a primeira fase do diálogo competitivo. Contudo, a aplicação da norma depende de regulamentação, o que obsta parcialmente o seu efetivo cumprimento, uma vez que há muitos entes que ainda não emitiram seus respectivos decretos regulamentadores. Assim, podem ser conduzidos diálogos competitivos sem que a Comissão de Contratação detenha normas claras acerca de como se prestará o seu assessoramento, o que contribui para o cenário de insegurança no contexto da primeira fase do diálogo.

Por outro lado, a disposição do artigo 11, parágrafo único, é mais ampla, e objetiva a criação de um meio geral de governança corporativa e conformidade. Em que pese as suas disposições já estarem contidas em outros normativos,² sendo em tese exigências que já deveriam estar vigentes e sendo aplicadas no ambiente licitatório, verifica-se que boas práticas de governança e a gestão de riscos relativos a contratações públicas não vinham sendo integralmente aplicadas na maior parte das organizações.³

Dessa forma, apesar de a generalidade da determinação de que a Alta Administração deverá implementar “processos e estruturas” (art. 11, parágrafo único) possa ser vista como fator que obstaculiza a sua devida execução, além de a sua redação ser importante no sentido de engajar a administração do ente na “implementação de uma rota de governança” (Luvizotto, 2022, p. 2), cada ente, diante de suas características e peculiaridades, terá necessidades distintas em termos de controle e gestão de riscos, o que justifica a redação tal como incluída na legislação. A sua aplicabilidade na primeira fase do diálogo competitivo é motivada por uma expectativa de que a governança seja implantada de maneira suficiente a garantir a segurança e integridade dos procedimentos de contratações administrativas.

Em sentido semelhante, o artigo 169 é fundado em uma premissa segundo a qual a existência de um ambiente de controle estabelece a cultura da organização e de seus colaboradores (Luvizotto, 2022, p. 5) – o que caminha em total consonância com o objetivo da Lei de um controle continuado –, e poderá permitir a identificação de vulnerabilidades du-

rante o curso dos procedimentos de diálogo e do estabelecimento da solução a ser licitada, lidando com as incertezas que permearão o caminho.

A implementação das práticas relativas às três linhas de defesa previstas no art. 169 será de responsabilidade da alta administração, na forma de regulamento específico, que deverá considerar quais medidas promovem relações íntegras, seguras e confiáveis, bem como aquelas que trazem o melhor resultado à Administração Pública, nos termos do § 1º.

Com efeito, é notório que a lisura e legalidade do procedimento, inclusive no que toca à primeira fase do diálogo competitivo, está intrinsecamente ligada ao esforço dos entes federativos em devidamente regulamentar as disposições legais, de ações promovidas pela alta administração e do estabelecimento de uma cultura organizacional de integridade e controle contínuo. A criação desse ambiente, inclusive, é fator que serve para reforçar a confiança dos participantes públicos e privados.

Vale dizer, a lisura da primeira fase depende também de outras condutas para além das expressas previsões de controle nas licitações, como a definição de critérios razoáveis de seleção dos participantes (que deverão ser estritamente objetivos), temas a serem abordados nas reuniões e qual o procedimento mais adequado para o registro e documentação das discussões, por exemplo.

Também devem ser elencados profissionais capacitados pela condução e supervisão do processo, dotados da expertise técnica necessária, em especial considerando que o diálogo competitivo objetiva justamente a contratação de soluções inovadoras, além de garantir o acompanhamento e supervisão contínuos pelas unidades de controle competentes.

Em suma, a aplicação efetiva dos mecanismos de controle na primeira fase do diálogo competitivo depende de uma abordagem abrangente e proativa, envolvendo o estabelecimento não somente de diretrizes claras, mas de efetivas ações em prol de sua implementação. Tudo isso deve ser analisado em conjunto com outras medidas, como a designação de responsáveis qualificados, registro e documentação adequados das atividades, o controle de acesso às informações e o acompanhamento contínuo por órgãos internos de controle. Essas medidas são essenciais para promover a transparência, integridade e eficiência desse novo instrumento de contratação, viabilizando a sua adequada utilização.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a implementação efetiva do diálogo competitivo requer uma análise cuidadosa dos mecanismos de controle interno previstos na legislação, de forma a garantir aos agentes privados e econômicos maior segurança na condução e participação do procedimento, receio que vem, justificadamente, obstaculizando a utilização do diálogo.

A nova Lei introduziu uma série de mecanismos de controle interno destinados a garantir a integridade, transparência e eficiência das contratações públicas, tal como a exigência de uma Comissão de Contratação para conduzir o diálogo competitivo e a criação de um ambiente de governança corporativa e conformidade. Esse controle possibilita a verificação de conformidade dos atos do ente em um momento anterior ao exercício do controle externo e seus efeitos fiscalizadores e eventualmente sancionatórios (França, 2016, p. 105).

Nota-se que, para que esses mecanismos sejam eficazes, é crucial que sejam adequadamente implementados e regulamentados pelos órgãos responsáveis, não bastando tão somente a existência de previsão legal. A falta de regulamentação pode levar à manutenção das incertezas e inseguranças na condução do diálogo competitivo, prejudicando a própria utilização da modalidade de forma adequada. A eficácia destes mecanismos também depende do estabelecimento de regras e procedimentos claros de controle, além do acompanhamento – não somente contínuo, como efetivamente proativo – pelos órgãos internos responsáveis. Em suma, é imprescindível que seja adotada uma abordagem abrangente, proativa e um esforço conjunto de estruturação interna, envolvendo não apenas a criação de diretrizes claras, mas também a implementação de ações concretas para garantir a transparência, integridade e eficiência do processo.

5. NOTAS

1. Mais precisamente, 54,8% dos profissionais caracterizados como “controle” concordam ou concordam totalmente e 57,2% dos profissionais caracterizados como “não controle” concordam ou concordam totalmente.
2. Como por exemplo o próprio Decreto nº 9.203 de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre a política e governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.
3. Conforme levantamento realizado pelo TCU, que avaliou mais de 500 órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Licitações e Contratos Administrativos: teoria e jurisprudência**. 4. ed. Senado Federal, Brasília, 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, Extra F, p. 2, 1 abril 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.397. Plenário. SUPOSTAS IRREGULARIDADES QUE RESTRINGIRIAM O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA PREVISTA NO ART. 39 DA LEI 8.666/1993. Relator Min. Aroldo Cedraz. Brasília, 21 de outubro de 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2397%2520ANOACORDAO%253A2017%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 08 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 588. Plenário. LEVANTAMENTO EM 581 ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL SOBRE GOVERNANÇA E GESTÃO EM 2017. ÍNDICE INTEGRADO DE GOVERNANÇA E GESTÃO (IGG). ÍNDICES DE GOVERNANÇA E GESTÃO DE PESSOAS (iGovPessoas), DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (iGovTI) E DE CONTRATAÇÕES (iGovContratações). DETERMINAÇÃO, RECOMENDAÇÕES E DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, 21 de março de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A588%2520ANOACORDAO%253A2018%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 08 abr. 2021.

DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22 n. 127 Jun/Set. 2020 p. 261-280. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2304/1339>. Acesso em: 24 abr. 2024.

FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **As Garantias do Processo no Tribunal de Contas da União: princípios constitucionais, Código de Processo Civil/2015, e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Vídeo 2: Eficácia da Lei 14.133/2021**. Livro **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 31 de março de 2023. 3min.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. A governança e as linhas de defesa na nova Lei de Licitações e Contratos. **Revista do Advogado**, n. 153, mar/2022.

MOREIRA FILHO, Getúlio Velasco. Como as Experiências Europeia e Estadunidense Podem Contribuir com o Diálogo Competitivo Brasileiro. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, 2023. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/199158/191702>. Acesso em: 28 abr. 2024.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. 2023. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/download/concessoes-e-ppps-melhores-praticas-em-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 29 abr. 2024.

SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

Secretaria da Controladoria Geral do Estado (SCGE). **O Papel da Unidade de Controle Interno nas Contratações Públicas: Lei Federal nº 14.133/2021**. 2023. Disponível em: https://www.scge.pe.gov.br/wp-content/uploads/2023/03/Palestra_-O-Papel-das-UCIs-nas-Contratações-Públicas-SCGE.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024.

SHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública**. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2016. 377 p.

Tribunal de Contas da União. **Contratações de Soluções Inovadoras pela Administração Pública**. Brasília: Centro de Promoção de Cultura e Inovação Laboratório de Inovação, 2019. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/CB/E6/9C/EB/7300371055EB6E27E18818A8/Relatorio_pesquisa_contratacao_solucoes_inovadoras_administracao_publica.pdf. Acesso em: 15 maio 2024.

Tribunal de Contas da União. **Relatório Anual de Atividades do TCU**. Brasília: TCU, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/94/21/77/67/7800371055EB6E27E18818A8/Relatorio_anual_atividades_TCU_2019.pdf Acesso em: 26 jun. 2024.

Recebido em: 17/10/2024

Aceito em: 03/12/2024

REVISTA DA ESDM

