

# ENSAIOS

# BREVE COMENTÁRIO AO RECURSO ESPECIAL N. 1.141.990/PR FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL: PRESUNÇÃO ABSOLUTA? UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

*Julizar Barbosa Trindade Júnior<sup>1</sup>*

O presente ensaio tem por objeto o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no Recurso Especial nº 1.141.990/PR<sup>2</sup> (Relator Ministro Luiz Fux).

Nesse julgamento, o STJ restou por definir que, após a vigência da Lei Complementar nº 118/2005, a simples alienação de bens, pelo sujeito passivo de débito tributário inscrito em dívida ativa, sem a reserva de meios para a sua quitação, gera presunção absoluta<sup>3</sup> (*jure et de jure*) de fraude à execução.<sup>4</sup>

Tratava-se, na origem, de ação de embargos de terceiro ajuizada pelo proprietário de uma motocicleta que havia sido adquirida de devedor já citado em execução fiscal movida pela União (Fazenda Nacional).

Entendeu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que não houvera fraude à execução, eis que, na data da alienação, inexistia restrição judicial sobre o veículo. Ademais, considerou o tribunal que seria imprescindível a comprovação, pelo exequente, da ciência do comprador acerca da existência da execução fiscal movida em face do vendedor. Cite-se a ementa do TRF4:

EMBARGOS DE TERCEIRO - ALIENAÇÃO DE BEM PERTENCENTE AO EXECUTADO - FRAUDE À EXECUÇÃO - AUSÊNCIA - BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. Não se configura fraude à execução se, à época da compra e venda, inexistia restrição judicial sobre o veículo alienado. Mesmo com a citação do devedor, prévia à alienação do bem, seria necessário que o credor provasse a ciência do adquirente acerca da execução fiscal proposta contra alienante para que configurasse a fraude, o que, “in casu”, não ocorreu.

Por sua vez, a Fazenda Nacional, em recurso especial, sustentou a afronta ao artigo 185 do CTN, uma vez que a alienação do bem verificou-se após a citação do executado (alienante) e, bem assim, não restaram bens suficientes à satisfação do crédito tributário.

Vale anotar que, em seu parecer, o Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso especial em face do enunciado da Súmula 375 do próprio STJ (“O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”).

1 Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul.

2 Tema repetitivo 290.

3 No sítio eletrônico do STJ, foram consultados 73 acórdãos relativos à *presunção absoluta* da fraude à execução fiscal, os quais, de uma forma ou de outra, limitam-se à mera repetição do entendimento firmado no REsp nº 1.141.990/PR.

4 Em julgados anteriores ao REsp nº 1.141.990/PR, merece registro que o STJ havia se posicionado pela presunção relativa da fraude à execução fiscal (REsp nº 751.481/RS). Assim, em relação a veículos, entendia o tribunal que apenas a inscrição da penhora no DETRAN tornava absoluta a assertiva de que a constrição é conhecida por terceiros (REsp nº 810.489/RS). No mesmo sentido, em relação a imóveis, somente se presumia fraudulenta a alienação se realizada posteriormente ao registro da penhora ou arresto (REsp 892.117/RS).

Pois bem. No julgamento de que aqui se trata, REsp nº 1.141.990/PR, o Egrégio STJ conheceu e deu provimento ao recurso da União, então submetido ao regime do artigo 543-C do CPC de 1973 (regime de recursos repetitivos).

Do acórdão prolatado observa-se que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu as seguintes premissas:

1) o enunciado nº 375 da súmula do STJ não se aplica às execuções fiscais, eis que a lei especial (CTN) prevalece sobre o regime geral do direito processual civil (*lex specialis derogat lex generalis*);

2) em face do artigo 185 do Código Tributário Nacional, após a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 118/2005 (*tempus regit actum*), consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa;

3) a diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal “justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas”;

4) a fraude de execução fiscal opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, dispensando o *consilium fraudis*, porque “componente do elenco das *garantias do crédito tributário*”;<sup>5</sup> e

5) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência da fraude a qualquer registro público, enseja a violação da cláusula de reserva de plenário e também afronta à Súmula Vinculante nº 10 do STF.<sup>6</sup>

No caso em apreço, como o negócio jurídico aperfeiçoou-se em 27/10/2005, data posterior à vigência da LC 118/2005, e como a inscrição em dívida ativa dera-se anteriormente à venda do veículo ao terceiro embargante (recorrido), o STJ entendeu caracterizada a ocorrência da fraude à execução fiscal e, portanto, deu provimento ao recurso especial interposto pela União (Fazenda Nacional).

A fraude à execução, uma vez caracterizada, gera a ineficácia do ato de oneração ou de alienação em relação ao credor. Como ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “o ato praticado - embora válido e eficaz entre as partes que o celebraram - *não surte qualquer efeito em relação à execução movida*, podendo o bem ser penhorado normalmente. É como se, *para a execução*, a alienação ou a oneração do bem não tivesse ocorrido”.<sup>7</sup>

Por certo, se o direito de dispor decorre da essência da propriedade, há que se assegurar aos credores meios capazes de garantir seu crédito, que, em última palavra, recai sobre o patrimônio do devedor.<sup>8</sup>

Nesse contexto, a posição do Superior Tribunal de Justiça é de extrema *importância prática* e tem também o inegável *efeito de orientação* das partes na celebração dos atos negociais.

5 Sabe-se que a dívida ativa da Fazenda Pública abrange tanto débitos tributários quanto não tributários (artigo 2º da Lei nº 6.830/1980). A presunção absoluta de fraude à execução fiscal, contudo, restringe-se às dívidas de natureza *tributária*, eis que se trata de garantia prevista no artigo 185 do Código Tributário Nacional. Tratando-se de crédito sem natureza tributária, para o reconhecimento da fraude à execução, é necessário o registro da constrição ou a prova da má-fé do adquirente (REsp 1.732.392/RN).

6 “Viola a cláusula de reserva de plenário (cf. artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

7 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 2 v. p. 982.

8 CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 40.

Diferentemente do que ocorre com os débitos de natureza privada, uma vez inscrito em dívida ativa - e mesmo que ainda não ajuizada a respectiva ação de execução fiscal -, já se faz possível ao terceiro adquirente obter informação acerca da eventual existência de débitos em nome do vendedor junto à Fazenda Pública.

Bem por isso, há que se entender que a disciplina do artigo 185 do CTN impõe aos compradores em geral, antes de concluir qualquer negócio jurídico que se considere de relevância econômica, a conduta e a cautela de exigir do vendedor não apenas as certidões negativas que podem ser obtidas perante o Poder Judiciário, mas também as certidões de regularidade fiscal da Fazenda Pública municipal, estadual e da União, inclusive em relação às contribuições previdenciárias.

Esse é, pois, o atual padrão de comportamento determinado pela lei, cujo desconhecimento é inescusável (artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Exigir ou diligenciar referidas certidões de regularidade fiscal, em nome dos alienantes, é uma medida imperativa para que qualquer comprador possa evitar que a aquisição venha a ser caracterizada como fraude à execução.

Contudo, a situação não reflete a simplicidade que se sugere.

Em face do REsp nº 1.141.990/PR, um *discrímen*<sup>9</sup> faz-se necessário.

Isso porque a premissa da presunção absoluta de fraude (*jure et de jure*) - embora firmada pelo STJ no âmbito de uma execução fiscal movida pela *União (Fazenda Nacional)*<sup>10</sup> - tem sido aplicada por igual aos créditos tributários de todos os demais entes federados, sem distinção ou ressalva.

Esquece-se, todavia, de que coexistem no Brasil 26 estados federados e outros mais de 5.500 municípios, além do Distrito Federal. São, todos, entes dotados de personalidade jurídica própria e aptos a inscrever débitos tributários em dívida ativa.

É de questionar-se: seria possível falar em *presunção absoluta* de fraude à execução se um comprador adquire, no município de Uiramutã/RR, um imóvel livre e desembaraçado de um vendedor que reside no município de Chuí/RS, mas que, no entanto, possuía um débito inscrito em dívida ativa no município de Mâncio Lima/AC?<sup>11</sup>

Imagine-se, por acréscimo, que o adquirente exigiu as certidões negativas da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, do cartório de protesto, dos órgãos de proteção ao crédito, bem como perante a Fazenda municipal, estadual e da União - tanto do local do bem quanto do domicílio do vendedor. Acrescente-se, ademais, que sequer era possível ao adquirente inferir que o alienante tivesse qualquer débito com o município de Mâncio Lima/AC.

A dizer de outro modo: seria permitido falar em *presunção absoluta* de fraude quando o credor

9 Como ensina Eduardo José da Fonseca Costa, em comentário ao artigo 489 do CPC, “uma vez que o CPC/2015 institui um sistema de precedentes obrigatórios, (...) o juiz há de deixar claro e analiticamente explicado que não aplica o precedente invocado porque: (...) o caso traz uma peculiaridade que lhe afasta a aplicação [*distinguishing*]”. (ALVIM, Angélica; ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, Eduardo Salomão. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 617).

10 Evidentemente, a certidão de regularidade fiscal expedida pela União pode ser obtida em todo o território nacional.

11 Para dificultar, não é mera curiosidade anotar que a distância rodoviária entre Uiramutã/RR (município mais ao norte do Brasil) e Chuí (sede municipal mais ao sul) é de mais de 5.975 Km. Entre João Pessoa/PB (município mais ao leste) e Mâncio Lima/AC (município mais ao oeste) são outros 5.994 Km (<http://www.distanciasentrecidades.com>).

tributário for Município ou Estado diverso do lugar do bem transmitido ou do domicílio dos alienantes e não se puder demonstrar que o adquirente tinha ou poderia ter conhecimento da existência do débito tributário?

Respeitosamente, acredita-se que não!

Diante das peculiaridades que a causa possa apresentar, poderá estar presente uma impossibilidade fática de o adquirente, por mais diligente que o seja, acautelá-lo para evitar a ocorrência da fraude. Afinal, como exigir dos partícipes de um ato negocial a obtenção de certidões de regularidade fiscal de 26 estados e de mais de 5.500 municípios?

Uma tal exigência, numa só palavra, inviabilizaria por completo a iniciativa privada.

Por certo, seria de todo recomendável a instituição de um cadastro nacional de débitos inscritos em dívida ativa, a ser alimentado sobretudo pelos entes municipais e estaduais como condição à caracterização da fraude, especificamente para os casos em que, como afirmado, o bem não se situe nem o devedor tenha domicílio no território do ente credor. Contudo, não se tem notícia de semelhante sistema de cadastro nem se pode prever a eventual abrangência de sua adesão pelos entes federados.

Há aqui, no entanto, um fato que não pode ser ignorado. Em análise ao REsp 1.684.690/SP, em regime de recurso repetitivo, o STJ reafirmou a possibilidade de, nos termos da Lei nº 12.767/2012, a União, Estados e Municípios efetivarem o protesto da certidão de dívida ativa (CDA), medida que, diga-se, já havia sido declarada constitucional em 2016 no âmbito da ADI nº 5.135.

Por expressa disposição legal<sup>12</sup>, o protesto tem a finalidade de garantir “autenticidade, publicidade, segurança jurídica e eficácia dos atos jurídicos”. Com o protesto, previsto no artigo 29 da Lei nº 9.492/1997, o contribuinte que, cientificado, não adimplir o débito, poderá ter seu nome incluído em cadastros ou bancos de dados de entidades representativas da indústria, do comércio ou vinculadas à proteção do crédito, que, como SPC e Serasa, são de abrangência nacional.

Ademais, estabelece a Lei nº 13.775/2018 que os tabeliões de protesto manterão uma “central nacional de serviços eletrônicos compartilhados”, que prestará “consulta gratuita quanto a devedores inadimplentes e aos protestos realizados, aos dados desses protestos e dos tabelionatos aos quais foram distribuídos”.

Em face desse regramento, não se pode descartar a possibilidade de o débito inscrito em dívida ativa, de qualquer Município ou Estado, estar efetivamente protestado e, assim, incluído em cadastros ou bancos de dados de âmbito nacional.

Portanto, e no quadro fático e normativo atual, acredita-se que somente se poderia falar em fraude à execução fiscal, de créditos estaduais e municipais, se (1) o débito for inscrito em dívida ativa pelo mesmo Estado ou pelo mesmo Município em que se situa o bem ou em que residem os alienantes<sup>13</sup>, se (2) a dívida tiver sido protestada e incluída em cadastros ou bancos de dados de abrangência nacional ou se (3) o exequente comprovar que, por qualquer outro meio, o adquirente tinha ou poderia ter conhecimento da preexistência desse débito tributário do vendedor.

Isso porque presumir a fraude quando é faticamente impossível evitá-la seria uma violação desproporcional e desarrazoada ao direito de propriedade do adquirente - que adotou todas as cautelas

<sup>12</sup> Artigo 2º da lei nº 9.492/1997.

<sup>13</sup> Artigo 792, § 2º, do CPC.

disponíveis -, em benefício do direito do credor tributário que, nada obstante, deixou de penhorar o bem antes de sua alienação ou mesmo deixou de protestar e incluir a dívida em cadastros ou bancos de dados de abrangência nacional.

J. J. Gomes Canotilho, ao tratar da razoabilidade, assim esclarece: “Através da regra da razoabilidade, o juiz tentava (e tenta) *avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente*”.<sup>14</sup>

Em semelhante sentido, sobre as acepções do princípio da razoabilidade, Humberto Ávila bem anota:

(...) a *razoabilidade* é utilizada como diretriz que *exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto*, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, *quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral*.<sup>15</sup>

Sob outro viés, quando o bem se situar ou quando o devedor residir em município ou estado alheios ao ente credor de crédito tributário não inserido em cadastros ou bancos de dados de âmbito nacional, atribuir ao adquirente o ônus de comprovar que desconhecia a existência do débito inscrito em dívida ativa seria uma autêntica “prova diabólica”<sup>16</sup>, a exigir a inteligência do §1º do artigo 373 do CPC.

Com propriedade, a doutrina francesa<sup>17</sup> diferencia as presunções legais em (1) irrefragáveis (que não admitem prova em contrário), (2) simples (que admitem prova em contrário); e (3) mistas. As presunções mistas são aquelas que admitem prova em contrário, mas de forma limitada: *somente* a prova de alguns fatos específicos permitiriam que a presunção legal seja afastada.<sup>18</sup>

A presunção mista do direito francês encontra lugar no caso em apreço, a permitir dizer que a presunção de fraude à execução fiscal há de considerar-se, sim, absoluta (*irrefragable*), *a menos que* esteja comprovado que o bem adquirido não se situa ou que os alienantes não residem no município ou estado credor da dívida ativa. Presente essa situação, a fraude não poderia ser declarada, *exceto se*, como visto, a dívida tivesse sido protestada e incluída em cadastros ou bancos de dados de abrangência nacional ou o exequente puder demonstrar que o adquirente tinha ou poderia ter conhecimento da existência do débito em outro estado ou município.

Não se ignora que o STJ tem reiteradamente decidido pela “eficácia vinculativa do acórdão proferido no REsp 1.141.990/PR” (REsp 1.801.859/PR). No entanto, como ensina Daniel Mitidiero, “ser fiel ao precedente significa respeitar *as razões necessárias e suficientes* empregadas pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça para a solução de determinada *questão* de um caso”. Cuida-se, assim, do “respeito à *ratio decidendi*”. E esclarece o autor: “Tendo como *matéria-prima a decisão*, o pre-

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 266.

15 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 103.

16 A doutrina utiliza a corrente expressão “prova diabólica” para referir-se à prova cuja produção revela-se “*impossible o muy difícil*”. (LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge Walter (dir.); WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 119).

17 AYNÈS, Augustin; VUITTON, Xavier. *Droit de la preuve*. 2. ed. Paris: LexisNexis SA, 2017. p. 54.

18 “*Les présomptions mixtes sont à mi-chemin entre les présomptions simples et les présomptions irrefragables. Elles supportent une preuve contraire limitée. Seul la preuve de certains faits ou administrée par certains moyens permet de les renverser*”. (Ibid., p. 58).

cedente trabalha essencialmente sobre *atos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado* e que determinaram a prolação da decisão da *maneira* como foi prolatada”.<sup>19</sup>

No contexto dos fatos, a distinção (entre a fraude a execuções fiscais movidas pela União e a fraude a certas execuções ajuizadas por Estados e Municípios) poderá servir “justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está fora do âmbito do precedente”.<sup>20</sup>

A premissa da presunção absoluta torna-se ainda mais tormentosa quando se cuida de alienações sucessivas. Segundo se observa do AgRg no REsp 1.525.041/RN, o STJ, reiterando a inaplicabilidade da Súmula 375/STJ às execuções fiscais, entendeu que mesmo as sucessivas alienações não impedem o reconhecimento da fraude. No caso, concluiu o tribunal que o fato de o embargante (atual proprietário) ter adquirido o imóvel de pessoa que o adquirira da devedora originária não tornaria “legítimo” o negócio, uma vez que, tratando-se de presunção absoluta, dispensar-se-ia o *consilium fraudis*.

De igual modo, no AgRg no AREsp 135.539/SP, assentou o STJ que “a natureza jurídica do crédito tributário conduz a que a simples alienação de bens pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo no caso da existência de sucessivas alienações” (Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 17/06/2014).

Voltando-se à ideia central deste breve ensaio, teria o adquirente - para proteger-se da “presunção absoluta” da fraude à execução fiscal - de exigir do vendedor do bem, em relação a todos os anteriores proprietários, a apresentação de certidões de regularidade fiscal de 26 estados federados, do Distrito Federal e de mais de 5.500 municípios?

Sem uma distinção necessária, em face do REsp nº 1.141.990/PR, não há cautela que seja suficiente a socorrer o adquirente. Não há comportamento que seja possível para evitar a fraude à execução fiscal. Sem uma distinção, a aquisição de bens no Brasil torna-se uma autêntica loteria, um jogo de sorte ou revés, o que causa séria disfunção na confiança inerente às relações jurídico-privadas.

A jurisprudência de um país que tanto carece de investimentos e de circulação de valores não pode fazer pouco da boa-fé e da segurança jurídica.

A má-fé deve, pois, residir na essência da fraude.<sup>21</sup>

Já para concluir, em face do REsp nº 1.141.990/PR, a alienação (ou oneração de bens ou rendas) pelo sujeito passivo em débito para com a *União (Fazenda Nacional)*, por crédito tributário inscrito em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação da dívida, permite a presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução.

No entanto, há que se entender que, em casos de débito tributário *municipal* ou *estadual*, somente haverá presunção absoluta de fraude se o débito foi inscrito em dívida ativa pelo Estado ou pelo Município da situação do bem ou pelo Estado ou Município do domicílio do vendedor e dos anteriores proprietários. Do mesmo modo, haverá também presunção absoluta de fraude se o débito foi protestado e

19 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 83 e 84.

20 *Ibid.*, p. 87.

21 “O conceito de fraude participa, *in genere*, da má-fé, como negação do princípio da boa-fé”. (CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 40).

incluído em cadastros ou bancos de dados de âmbito nacional.

É que, nessas situações, será faticamente possível ao adquirente, dentro do âmbito de cautela exigido pelo artigo 185 do CTN, ter conhecimento da prévia existência de débito tributário em nome dos alienantes.

Todavia, sob pena de inviabilizar por completo a iniciativa privada e de violação desproporcional e desarrazoada do direito à propriedade - pela irreal exigência de obtenção de certidões de regularidade fiscal de todos os demais entes federados (e fala-se aqui de mais de 5.500 municípios e de 26 estados) -, não se pode penalizar o adquirente - com a presunção absoluta de fraude à execução fiscal - se o débito, não protestado nem inserido em cadastros de âmbito nacional, foi inscrito em dívida ativa por Estado ou Município absolutamente alheio à situação do bem e ao domicílio dos alienantes, ressalvada, claro, a hipótese de o exequente lograr comprovar, por qualquer meio, que o adquirente tinha ou poderia ter conhecimento prévio da existência do débito tributário em questão.

A partir da conclusão acima adotada<sup>22</sup>, é então possível estabelecer um padrão de comportamento que se impõe aos adquirentes em geral, antes de concluir qualquer negócio jurídico de relevância econômica.

A fim de acautelar-se, deve o comprador exigir as certidões negativas judiciais (Justiça Estadual, Federal e do Trabalho) e extrajudiciais de regularidade fiscal (União, Estado e Município) pertinentes à situação do bem e ao domicílio do(s) alienante(s)<sup>23</sup>, além da certidão negativa atinente a cadastros ou bancos de dados de entidades de proteção do crédito de âmbito nacional e da “central nacional de serviços eletrônicos compartilhados”, referida na Lei nº 13.775/2018.

Cuida-se de um padrão de conduta essencial para o adquirente demonstrar que adotou as medidas de cautela - possíveis e necessárias - para a aquisição do bem, de modo a, se necessário, buscar infirmar, pela via da distinção (*distinguishing*), a “presunção absoluta” de fraude estabelecida no Recurso Especial nº 1.141.990/PR.

Aos entes públicos municipais e estaduais, enfim, fica o registro da relevância prática da efetivação do protesto da certidão de dívida ativa e, bem assim, a sua inclusão em cadastros ou bancos de dados de âmbito nacional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Angélica; ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, Eduardo Salomão. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>22</sup> O que pressupõe o uso da técnica de declaração de constitucionalidade mediante “interpretação conforme” (em que o ato normativo é declarado constitucional desde que seja interpretado de uma determinada forma, ou seja, excluindo-se determinadas interpretações que sejam incompatíveis) ou da declaração de inconstitucionalidade “parcial sem redução de texto” (em que se limita a declarar inconstitucional apenas determinadas hipóteses de aplicação da norma, sem expressa alteração do texto legal). (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 275).

<sup>23</sup> Sem descuidar da hipótese de sucessivas alienações.

AYNÈS, Augustin; VUITTON, Xavier. *Droit de la preuve*. 2. ed. Paris: LexisNexis SA, 2017.

CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 2 v.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PEYRANO, Jorge Walter (dir.); WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatórias Dinâmicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 3 v.

# IDEALISMO ROMÂNTICO DA NORMA, GESTÃO PÚBLICA, PUNIÇÃO, METAS E RESPONSABILIDADE EDUCACIONAL

Caio Gama Mascarenhas<sup>1</sup>

## RESUMO<sup>2</sup>:

Cuida-se de ensaio jurídico, educacional, sociológico e econômico sobre o controle e punição de agentes públicos pelo não alcance de resultados e metas do IDEB. Assim, inquire-se: o que são indicadores de desempenho? Como seria a responsabilização por metas não atingidas? Quais são as críticas socioeconômicas e pedagógicas ao controle e responsabilização por metas educacionais? Analisam-se, ao longo do texto, projetos de lei (PLs) que contêm a previsão de punição aos gestores que não alcancem as metas do IDEB. Essa nova tendência colide frontalmente com as novas modificações promovidas na Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro (LINDB) introduzidas pela Lei nº 13.655/2018. O ensaio defende que os defensores de tais PLs partem de um raciocínio de idealização da realidade dos fatos e da centralidade do direito, normalmente utilizados para explicar e dar soluções para todos os fenômenos da vida social. No caso da responsabilidade educacional, vindica-se que o raciocínio deveria partir de áreas e subáreas das ciências da educação (pedagogia, sociologia da educação, economia aplicada etc.) para posteriormente adentrar o direito e não o contrário.

**PALAVRAS-CHAVE:** políticas públicas; *accountability* escolar; gestão pública; pragmatismo jurídico; indução de comportamentos.

## INTRODUÇÃO

Trata-se de ensaio jurídico, sociológico e econômico acerca de um movimento por parte de controladores: controlar e punir gestores e agentes públicos pelo não alcance de determinados resultados e metas pré-programadas na educação pública.

Por conta da maior quantidade de mecanismos de avaliação de qualidade do serviço público, a área da educação foi uma das áreas escolhidas pelos controladores. O popular IDEB, principal índice de monitoramento da educação pública brasileira, tem instigado segmentos da política e controladores a se aproximarem das políticas de educação pública com foco nos resultados das avaliações de testes padronizados – e não apenas nos meios e procedimentos determinados pela constituição federal (como aplicação mínima de verbas na educação, garantia de vagas etc.). Quando da submissão do presente artigo, encontravam-se tramitando no Congresso Nacional cerca de 20 projetos de lei de responsabilidade educacional.

<sup>1</sup> Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2018-2020). Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás PUC-GO (2009) e especializado em Direito Constitucional e Administrativo pela mesma instituição (2013). Integrante do grupo de Pesquisas no CNPq - Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul (2015- presente).

<sup>2</sup> Tese apresentada oralmente e aprovada com louvor no XLV Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e Distrito Federal, realizado dos dias 24 a 27 de setembro de 2019.

Há, nos textos de muitos projetos desses, a previsão de punição aos gestores que não alcancem as metas do IDEB. Esses projetos de lei são frutos de uma cultura do hipercontrole público – cultura essa arraigada nos órgãos brasileiros de controle externo.

Segundo José Vicente Santos de Mendonça, a cultura do hipercontrole público configura uma tendência de exercício de controle público por meio de conceitos vagos, recaindo sobre opiniões jurídicas sobre temas abertos. Argumenta-se que tal cultura ameaça a segurança jurídica dos atos de gestão. Controladores pretendem conquistar boa reputação junto à sociedade, atuando de forma “performática” e pública. Podendo desautorizar atos do poder público, o controlador se encontra em uma disputa de poder, sendo incentivado a “controlar sempre mais” (MENDONÇA, 2018, p. 45-46). Praticamente todos os dispositivos incluídos na Lei de Introdução a Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018 voltam-se para o combate a tal cultura.

Defende-se, no presente texto, que essa nova tendência colide frontalmente com as novas modificações promovidas na Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro introduzidas pela Lei nº 13.655/2018, notadamente o *caput* do art. 22 da LINDB: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. Cuida-se de mais uma manifestação da “cultura do hipercontrole” e da desconfiança exagerada em desfavor do gestor público.

Não somente isso, mas o raciocínio utilizado para a punição daqueles a quem se imputa a conduta danosa de não atingir metas do IDEB são baseadas em raciocínios estritamente jurídicos, em que se idealiza a realidade de fato. O presente ensaio criticará tal raciocínio fazendo o caminho contrário: partindo de um raciocínio transdisciplinar fundamentado na educação para, posteriormente, chegar ao direito.

A partir de tais premissas, parte-se aos seguintes problemas de pesquisa: Quais são os indicadores de desempenho? O que seria a responsabilização por metas não atingidas? Quais são as críticas socioeconômicas e pedagógicas ao controle e responsabilização por metas na área da educação?

O trabalho é desenvolvido a partir dos métodos indutivo e dedutivo utilizando de material bibliográfico e documental. Por se tratar de um estudo descritivo e exploratório, será realizado com base na pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se por vezes do método dedutivo e, outras vezes, do indutivo, principalmente nas críticas e reflexões acerca da doutrina, estudos e textos normativos.

## OS INDICADORES DE DESEMPENHO

A principal medida (*output*) utilizada pelo controle de qualidade da educação pública básica no Brasil é o índice chamado “IDEB”. Criado em 2007 pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) para medir a qualidade da educação, o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) é um indicador cujo escopo é verificar o cumprimento das metas fixadas no plano ‘Compromisso Todos pela Educação’ (artigos 1º e 3º do Decreto Federal 6.904/2007). O IDEB reúne dois indicadores relacionados à qualidade da educação: (1) médias de desempenho dos alunos em testes educacionais padronizados e (2) rendimento escolar (taxa média de aprovação dos estudantes na etapa de ensino).

O governo federal instituiu o índice de desenvolvimento da educação básica – IDEB, exatamente com a função de avaliar o desempenho dos alunos em uma prova de desempenho em matemática e

língua portuguesa, bem como na taxa de aprovação para cada escola pública (DINIZ, 2012, p. 70).

Uma das diretrizes do Plano Nacional de Educação (PNE), que está em vigor desde 2014, é a melhoria da qualidade da educação (art. 2º, inc. IV, da Lei Federal 13.005/2014). No plano nacional, foram estipuladas como metas as seguintes médias nacionais para as próximas avaliações do IDEB:

#### Meta 7

IDEB	2019	2021
Anos iniciais do ensino fundamental	5,7	6,0
Anos finais do ensino fundamental	5,2	5,5
Ensino médio	5,0	5,2

Considerando o IDEB como índice que, em tese, estaria mais próximo do que seria a qualidade da educação de determinada localidade, ele poderia ser utilizado como um instrumento de controle de resultados por parte dos órgãos controladores.

### O IDEALISMO ROMÂNTICO DA NORMA: A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO POR METAS NÃO ATINGIDAS

É comum a idealização do mundo dos fatos na atividade do operador do direito. Na atividade de controle, é normal que aquele que exerça a função de fiscalização busque, em seu processo cognitivo, formas de concretizar uma realidade de fato ideal e os motivos de ela não se concretizar. Quando a idealização da realidade dos fatos encontra-se muito distante do que a situação fática demonstra, fala-se em “romantização dos fatos”. No presente trabalho, a “teoria romântica” baseia-se em duas falsas premissas: a completude do direito para explicar e dar soluções para todos os problemas da educação pública; e a presunção de haver um cenário fático ideal para o cenário da gestão pública<sup>3</sup>. O romance é “normativo”, pois se inicia dentro do Poder Legislativo por meio de projetos de lei de responsabilidade educacional. Inicialmente, serão apresentados tais projetos e seus fundamentos – num momento posterior, será explicado o motivo de serem considerados “idealismo romântico da norma”.

No Brasil, a responsabilização de profissionais e gestores pelo não atingimento de metas educacionais teve sua discussão iniciada pelo projeto de lei (PL) 7.420/2006, de autoria da professora e ex-Deputada Federal Raquel Teixeira (PSDB/GO). Em torno de tal projeto, tramitam outros 17 projetos. Em tais projetos, há três diretrizes-base: 1) busca pela qualidade e promoção da educação; 2) políticas de avaliação, estipulação de metas de desempenho e financiamento; 3) responsabilização dos agentes públicos.

A elaboração de uma lei de responsabilidade educacional é, em verdade, uma exigência do plano nacional de educação (PNE) vigente. A Lei federal n. 13.005/14 estabelece como meta:

20.11) aprovar, no prazo de 1 (um) ano, Lei de Responsabilidade Educacional, assegurando padrão de qualidade na educação básica, em cada sistema e rede de ensino, aferida pelo processo de metas de qualidade aferidas por institutos oficiais de avaliação educacionais;

Os projetos de lei nº Os projetos de lei nº 7.420/2006, 1.680/2007, 413/2011, 450/201 e 5.647/2013, fizeram menção à responsabilidade dos agentes públicos (profissionais da educação e gestores

<sup>3</sup> Eduardo Jordão esclarece que o art. 22 da LINDB busca justamente combater duas teorias do processo cognitivo “romântico” no cenário jurídico brasileiro: “(i) a suposta completude e determinação do direito; (ii) a presunção de existência de um cenário fático ideal para a concretização dos ambiciosos objetivos do direito público nacional”. (JORDÃO. 2018, p. 66)

públicos) por infrações educacionais relacionadas ao desempenho dos alunos (IDEB), podendo caracterizar crime de responsabilidade, infração político-administrativa e ato de improbidade (NEVES; DI GIORGI, 2016, p. 166).

No campo da responsabilização de agentes públicos pelo não cumprimento de metas, vozes favoráveis começaram a ecoar. Além dos parlamentares que apresentaram outros projetos de responsabilidade educacional com viés punitivo, o apoio também veio de Richard Pae Kim. Professor e magistrado, Kim defende a necessidade de que seja incluído dispositivo a estabelecer que a regressão dos índices do IDEB (tomando-se como base o último IDEB do mandato anterior) importe na prática de ato de improbidade administrativa pelos agentes públicos responsáveis. Defende que, desde que haja prova do dolo ou da culpa, os agentes públicos da área da educação fiquem sujeitos às penalidades previstas no art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/1992 no caso de desempenho ruim dos estudantes (KIM, 2017, p. 21).

Esses projetos de lei tentam importar ideias de políticas públicas que já ocorreram nos Estados Unidos. Esse aspecto punitivo da responsabilidade educacional é uma versão atenuada do programa norte-americano *No Child Left Behind*. O *No child left behind act* foi aprovado pelo Congresso estadunidense em 2001 e promulgado como lei federal em 2002 pelo então presidente norte-americano George W. Bush. Na exposição de motivos da lei, equidade na educação era um dos principais motivos da reforma. O programa, no entanto, era baseado em *accountability*, competição, liberdade de escolha e flexibilidade na execução de políticas educacionais federais (ESTADOS UNIDOS, 2002). O sistema punitivo iria de medidas como “aviso prévio” e demissão de profissionais até a medida de privatização do colégio público que falhasse continuamente no cumprimento das metas. Remo Moreira Brito Bastos explica o gravoso sistema punitivo da NCLB:

“Em um primeiro ano nessa condição, a instituição seria colocada em “aviso prévio”. No segundo ano, seria obrigada a oferecer a todos os seus alunos o direito de transferência para outra unidade escolar, com transporte pago pelo distrito a que pertencesse à sua congênera “em necessidade de melhoria” (descontado diretamente da dotação repassada pelo Governo Federal). No terceiro ano, a instituição seria obrigada a oferecer aulas gratuitas para estudantes de baixa renda, custeadas da mesma forma que o transporte retro mencionado. No quarto ano, a unidade escolar teria de realizar “ações corretivas”, que poderiam significar mudanças curriculares, mudanças de pessoal, ou aumento na carga horária diária de aulas, ou do ano escolar. Se um educandário não conseguisse atingir suas metas para qualquer subgrupo durante cinco anos consecutivos, ele seria obrigado a se “reestruturar”, com cinco opções, tendo que optar por uma das seguintes alternativas: converter-se em uma escola charter; substituir o diretor e toda a equipe; abrir mão do controle para a gestão privada; entregar o controle da escola para o estado; ou “qualquer outra grande reestruturação da governança da unidade escolar” (A maioria dos estados e distritos terminou por escolher a última, a mais ambígua, na esperança de evitar as outras sanções). O NCLB exigia que todos os estados participassem dos exames do *National Assessment of Educational Progress* (doravante NAEP), os quais passariam a testar todos os estudantes em leitura e matemática, nas 4ª e 8ª séries, a cada dois anos (USA, 2002). Antes do NCLB, a participação dos estados nos exames do NAEP era voluntária e os testes não eram administrados bianualmente, bem como suas notas, que não tinham consequências para qualquer estudante, escola ou distrito, serviam apenas como auditoria externa para monitorar o progresso dos estados no cumprimento de suas metas, pois o exame era amostral, e não censitário. A ideia por trás do NCLB era que as desigualdades de oportunidades de educação seriam reduzidas ou desapareceriam, caso os alunos fossem forçados a fazer constantemente testes padronizados, as escolas desagregassem os dados para mostrar as notas obtidas pelos discentes de diferentes subgrupos, e os distritos interviessem com ações específicas focadas nos educandários de menor desempenho naqueles exames” (BASTOS, 2018, p. 421-420).

Nos Estados Unidos, a forte pressão da comunidade escolar levou o Governo Federal a encerrar o NCLB, com a promulgação de uma nova lei educacional, *Every Student Succeeds Act* (ESSA – Lei Todo Estudante Vencerá). O novo programa destina aos estados maior protagonismo na condução de sua política de educação, permitindo que essas unidades federativas estabeleçam múltiplas medidas de aferição do desempenho acadêmico de seus alunos. Possibilita-se atualmente que os testes deixem de constituir a

única forma de avaliação do aprendizado dos educandos (BASTOS, 2018, p. 437).

Feitas tais considerações acerca da responsabilidade educacional, surge um problema: será que, de fato, o intuito punitivo estava na mentalidade do legislador ao determinar a elaboração de uma “lei de responsabilidade educacional” no PNE?

Luiz Carlos de Freitas, professor aposentado da UNICAMP e especialista em políticas públicas educacionais, aponta duas concepções de responsabilização educacional. Uma é voltada para a responsabilização de cima para baixo, baseada em leis que regulam não só idoneidade de gastos educacionais (*accountability*), mas que incluem o controle de metas nas escolas. Tal concepção permitiria uma legislação específica que fiscalize a obtenção de metas pelas escolas e permita sua associação a consequências (bônus ou demissão, privatização etc.). A outra concepção está baseada em uma responsabilização participativa e democrática, baseada no envolvimento de todos os responsáveis pela questão educativa na escola e nos sistemas educacionais. Para esta visão, a lei de responsabilidade educacional não deveria tratar do controle de metas acadêmicas (FREITAS, 2011, p.4).

Há quem defenda que a relevância de eventual lei de responsabilidade educacional, como estipulada no PNE, está mais voltada para a promoção dos meios necessários para a efetivação de um padrão mínimo de qualidade do que a previsão de algum tipo de responsabilização. Nessa perspectiva, é ressaltado que o PNE afastou textualmente a indicação do IDEB como exclusivo instrumento de avaliação da qualidade, obrigando a existência e divulgação pormenorizada tanto dos “indicadores de rendimento escolar” quanto dos “indicadores da avaliação institucional”. Este último é relativo a características como o perfil do alunado e do corpo dos (as) profissionais da educação, as relações entre dimensão do corpo docente, do corpo técnico e do corpo discente, a infraestrutura das escolas, os recursos pedagógicos disponíveis e os processos da gestão, entre outras características relevantes. (NEVES; DI GIORGI, 2016, p. 167)

Considerando que o presente trabalho cuida do aspecto punitivo da responsabilização, resta perquirir como se daria o nexos de causalidade entre dano (não cumprimento da meta) e a atividade do agente público (seja ele um gestor ou um profissional da educação).

## **O PROBLEMA DA RESPONSABILIZAÇÃO PUNITIVA: O ELEMENTO SUBJETIVO E O NEXO DE CAUSALIDADE COMPLEXO DO “DANO DE APRENDIZAGEM”**

A dificuldade da responsabilização punitiva já se inicia com a busca de um conceito para “qualidade de ensino”. Conquanto haja louváveis tentativas de dar conteúdo ao “padrão de qualidade” de ensino (art. 206, VII, CF)<sup>4</sup>, a própria noção do que seria ensino de qualidade possui incontáveis fatores socioeconômicos e contextos culturais a serem considerados.

4 José Afonso da Silva procura identificar elementos objetivos do padrão de qualidade: “O padrão de qualidade do ensino depende de fatores intrínsecos e de fatores extrínsecos. Os primeiros estão vinculados à organização dos estabelecimentos escolares, que hão de estar aparelhados com o instrumental adequado a cada tipo de habilitação que oferecem, desde o preparo da criança para as sucessivas etapas do ensino até sua formação profissional – o que envolve a boa formação dos profissionais do ensino em cada uma dessas etapas, mas também requer a permanente atenção dos poderes públicos para com as condições materiais das escolas, tais como as tecnologias modernas de ensino, como a informatização dos estabelecimentos de ensino. Os segundos significam oferecer condições econômicas adequadas às famílias para que seus filhos tenham condições de auferir um bom aprendizado, porque o padrão de qualidade do ensino só se afere no rendimento escolar dos estudantes, e isso não depende apenas da boa qualidade dos professores, mas também, e principalmente, da predisposição do alunado para o aprendizado – o que, na mais das vezes, depende de uma boa alimentação e da posse de material escolar apropriado” (SILVA, 2006, p. 789). Furtado afirma que o padrão de qualidade do ensino seria atingido por uma série complexa de meios que envolveria: “[...] condições materiais para o ensino, tanto das instituições de ensino (existência em número suficiente, boas condições do edifício escolar, do equipamento físico disponível, limpeza e manutenção efetivos, fornecimento regular de água, energia elétrica etc.) como dos alunos (fornecimento de material escolar, merenda, transporte etc.); condições dos recursos humanos ligados ao ensino (formação adequada, atualização constante, remuneração condigna etc.); condições de natureza pedagógica (currículos adequados, metodologias apropriadas ao perfil do alunado etc.) resultados cognitivos do processo de aprendizagem aferíveis por meio de avaliações etc.” (FURTADO, 2009, p. 177).

O monitoramento por testes padronizados de alunos, no entanto, é legítimo, visto que é uma das únicas medidas objetivas que existe para medir a apreensão de conhecimento pelos estudantes. A educação, enquanto direito social, está atrelada ao princípio da progressividade prevista no Pacto dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais<sup>5</sup>. O IDEB é uma das inúmeras formas de monitoramento desse progresso<sup>6</sup>. Uma questão distinta é saber se o índice utilizado para tal monitoramento é legítimo para punir agentes públicos.

O problema já se inicia na conjugação dos elementos integrantes da responsabilidade do agente público pelo não cumprimento de metas educacionais. A infração funcional de algum gestor ou servidor público deve haver, no mínimo, os seguintes elementos: previsão legal do fato típico; dolo ou culpa do agente; e, quando houver dano na figura típica, nexo de causalidade entre a conduta e o resultado tido como lesivo a determinado bem jurídico.

No caso dos ilícitos cometidos por agentes públicos, não necessariamente precisa haver um dano concreto para que haja a punibilidade. Pode ser punível um ato que fira a um determinado valor tutelado sistema normativo vigente. Ressaltam-se, a respeito, os ensinamentos de Daniel Assumpção Amorim Neves e Rafael Carvalho de Oliveira acerca da configuração de ato de improbidade administrativa:

Além da ocorrência da lesão ao erário, o ato de improbidade tipificado no art. 10 da LIA exige a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente e o nexo de causalidade entre sua ação/omissão e o respectivo dano ao erário. [...] Ademais, a violação aos princípios deve ser conjugada com a comprovação do dolo do agente e o nexo de causalidade entre a ação/omissão e a respectiva violação ao princípio aplicável à Administração (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 339-359).

No caso em discussão, o fato punível seria um ensino qualitativamente deficiente cujos instrumentos de aferição seriam a utilização de testes padronizados e análise de seus resultados. Se, conforme a análise de metas educacionais, determinado grupo de estudantes tivesse um desempenho abaixo do esperado, surgiria um “dano de aprendizagem”. Utiliza-se a denominação “dano de aprendizagem” ao invés de “dano de ensino”, pois o foco está nos resultados – o que os estudantes deixaram de apreender ao realizarem os exames padronizados. Os professores e gestores de tais estudantes seriam, conforme sua competência, responsabilizados e punidos por tal “dano cometido”.

Inicia-se falando do elemento subjetivo da infração tipificada: como aferir dolo ou culpa de quem era responsável pelo ensino e que haveria falhado? Se um gestor aplicar todos os recursos constitucionalmente vinculados no desenvolvimento do ensino e garantir os insumos necessários, terá ele intenção de não alcançar as metas do IDEB? Um professor age com dolo e culpa se, embora qualificado, atencioso e assíduo, não consegue que sua turma melhore sua média nas avaliações? Qual é a intenção ou imprudência do autor do “dano de aprendizagem” e como isso será aferido? São perguntas complexas de serem respondidas.

Utilizando-se do art. 22 da Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro (LINDB), quais

5 Ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 591/1992, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 dispõe em seu artigo 2º, item 1: “Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

6 O artigo 16, item 1, do o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dispõe sobre dever de monitoramento do progresso: “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a apresentar, de acordo com as disposições da presente parte do Pacto, relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto”.

foram as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do educador ou gestor público no déficit de desempenho dos alunos?

O elemento mais frágil é o nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o aqui chamado “dano de aprendizagem”. Para haver responsabilização, deve-se haver nexo de causalidade entre conduta e o dano. O que ocorre quando o “dano” é extremamente complexo e envolve diversos agentes (educadores, gestores, família e sociedade) e áreas e subáreas da ciência (educação, economia, sociologia e gestão pública)?

Para entender a fragilidade do nexo de causalidade proposto, é necessário fazer um estudo que envolva várias áreas da ciência. Em outras palavras, deve-se partir de um raciocínio científico da educação para depois partir para o direito, e não o contrário (do direito para a educação) como é feito por parlamentares e controladores. Neste aspecto, deve-se rejeitar a centralidade do Direito como explicação da vida econômica e social, para adotar uma postura transdisciplinar<sup>7</sup>. O direito, no caso, assumiria um papel complementar na regulação de políticas públicas.<sup>8</sup>

Ciente da complexidade e inviabilidade das atribuições de punições por metas não atingidas, a Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (SASE), por exemplo, defendeu que a aprovação da LRE não deveria preceder um Sistema Nacional de Educação. Posicionou-se ainda de forma contrária à concepção de uma política de responsabilidade educacional que torna a lei instrumento de punição. Tal órgão alia-se aquela vertente que defende uma responsabilização participativa e democrática, baseada no envolvimento de todos os responsáveis pela questão educativa na escola e nos sistemas educacionais<sup>9</sup>.

A questão do nexo de causalidade, portanto, passa pelas críticas sociais e pedagógicas referentes ao sistema de testes padronizados como sinônimo de qualidade de educação.

## **CONSIDERAÇÕES SOCIAIS, ECONÔMICAS E PEDAGÓGICAS SOBRE RESPONSABILIDADE EDUCACIONAL**

Dentro da área da educação e economia, há várias correntes doutrinárias sobre o papel dos exames padronizados na educação pública. Limitar-se-á somente a apontar algumas posições. A primeira crítica pedagógica adotada por parte da doutrina é a que defende que médias escolares mais altas não indicam necessariamente “boa educação”. Testes são sempre limitados e, quando associados a recompensas e punições, criam pressões para que a escola acabe por focar-se na preparação para os testes, produzindo a redução do currículo escolar. Dessa forma, eles acabam medindo mais o efeito de “preparação para o exa-

7 “O estilo tradicional de Direito Administrativo apresenta quatro características. Ele é (i) europeizante, (ii) conceitualista, (iii) sistematizador, e (iv) crente na centralidade do Direito como explicação da vida econômica e social. [...] O novo estilo do Direito Administrativo possui, assim como o antigo, quatro características básicas. Ele é (i) próximo aos métodos americanos, (ii) pragmático e empiricista, (iii) assistematizador e assistemático, e (iv) descrente na centralidade do Direito como chave de interpretação da vida econômica, política e social [...]. Ele deixa de buscar apoio em saberes diversos, mas se torna um com as diferentes disciplinas.” (MENDONÇA, 2014).

8 Segundo Diogo Coutinho, o papel do direito na regulação de políticas públicas seria: “apontar fins e situar as políticas no ordenamento (direito como objetivo), criar condições de participação (direito como vocalizador de demandas), oferecer meios (direito como ferramenta) e estruturar arranjos complexos que tornem eficazes essas políticas (Direito como arranjo institucional)” (COUTINHO, 2013, p. 194).

9 “Sempre fomos contrários à punição pelo não atingimento de metas de desempenho dos estudantes, posicionamento marcado pelo MEC, desde 2010, com o PL 8.039/2010, do Executivo. [...] responsabilizar, na agenda constituinte do SNE, deve ser além da definição de responsabilidades, a previsão das condições para o seu exercício e para o seu acompanhamento e controle. [...] quem faz o que [...] com quem e em que condições faz, com quais mediações de complementaridades, com quais regramentos e com quais redefinições de responsáveis pelas deliberações” (SASE apud SOUZA; NETO, 2018, p. 560).

me” do que de fato as habilidades e conhecimentos apreendidos pelos estudantes. As avaliações também espelham o nível socioeconômico da criança. Quando uma escola falha, tal resultado é igualmente produto de inúmeras variáveis que estão do lado de fora dela e que explicam, em média, até 60% dos resultados que os alunos obtêm nas avaliações (FREITAS, 2016, p. 143-144). O direito constitucional à liberdade de aprendizado (art. 206, II, CF) abrange o direito dos jovens a um currículo escolar completo e voltado para o seu desenvolvimento enquanto pessoas humanas – e não para mero desempenho em testes.

Complementando tal linha de raciocínio, há problemas internos nas escolas que também afetam o desempenho escolar do aluno, sem que haja qualquer relação com qualidade das aulas ministradas em sala. Estudos empíricos relacionam violência escolar com o baixo desempenho dos alunos em exames, redução de frequência às aulas, aumento da desmotivação e maior rotatividade dos professores (TEIXEIRA, 2011, p. 84). A violência urbana apresenta um impacto significativo nas chances de uma maior evasão escolar. Escolas localizadas em municípios mais violentos possuem maiores níveis de abandono de alunos (MONTEIRO; ARRUDA, 2011).

Há ainda uma crítica que diz respeito à interdependência entre distribuição de renda e a qualidade do ensino. Em geral, os estudiosos concordam que quanto maior é a pobreza, maior é a probabilidade de insucesso escolar. Os que defendem a reforma empresarial da educação também reconhecem tal fato, mas sobrevalorizam o poder da escola para compensar a pobreza por meio de uma educação de qualidade (FREITAS, 2016, p. 148). O art. 5º da declaração de Viena de 1993 declara que todos os direitos humanos são “universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados” (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993).

No caso do direito à educação de qualidade, a interdependência de direitos fica ainda mais evidente, considerando que o desempenho da criança só será satisfatório se tiver condições dignas de existência na sociedade e no ambiente familiar. O art. 6º da Constituição Federal também inter-relaciona direitos sociais fundamentais na vida do indivíduo.

Pesquisas de economia aplicada à educação confirmam o efeito positivo de políticas de distribuição de renda, como o bolsa-família, no desempenho dos alunos na educação básica: houve aumento das matrículas escolares, diminuição da taxa de evasão escolar e maiores índices de aprovação das crianças oriundas de famílias beneficiárias da política pública (GLEWWE; KASSOUF, 2008, p. 15).

No mesmo sentido, destaca-se um estudo qualitativo foi feito por Karlane Holanda Araújo, que analisou os efeitos do “prêmio escola nota dez” nos processos pedagógicos das escolas premiadas de Sobral/CE e das apoiadas de Caucaia/CE no ano de 2009. As escolas apoiadas, ao contrário das premiadas, são as cujos alunos possuem os piores desempenhos no estado e que acabam aceitando planos de melhoria no ensino. Considerando a desigualdade de desempenho entre as escolas premiadas e as apoiadas, a pesquisadora decidiu fazer uma pesquisa de campo nos colégios. Concluiu que não havia diferença na formação profissional do corpo docente e da diretoria dos colégios que justificaria a iniquidade de resultado nos exames padronizados (IDEB). Ao entrevistar as crianças, no entanto, notou uma diferença nas respostas que poderia explicar melhor a disparidade de desempenho: enquanto os alunos dos colégios premiados justificavam o gosto pelo colégio por, dentre outros fatores, aprenderem sobre gêneros textuais, os alunos das escolas apoiadas ressaltavam que gostavam da escola em razão da merenda escolar. Isto em razão de

os colégios apoiados estarem localizados em áreas de grande vulnerabilidade social (ARAÚJO, 2016)<sup>10</sup>.

A hipervalorização de testes padronizados ainda desconsidera estudos empíricos que comprovam que o investimento na educação de crianças de 0 a 5 anos possui impacto significativo em seu desenvolvimento cognitivo e socioemocional (HECKMAN, 2011, p. 31-35). Nota-se que, durante essa fase da vida da criança, não há sequer a presença de testes padronizados em seu processo cognitivo.

Nos Estados Unidos, a política punitiva da responsabilidade educacional teve efeitos contrários em relação à qualidade da educação estadunidense. Mediante a utilização de testes padronizados de larga escala, a obsessão do NCLB em aferir o desempenho acadêmico dos educandos e responsabilizar gestores e educadores pelos resultados acabou tendo resultados negativos, levando à extinção do programa. A meta de 100% de proficiência por todos os alunos era impossível de ser atingida, sendo que nenhuma nação aprovou qualquer legislação para punir suas escolas por não atingir uma meta inatingível. Em razão do medo causado por metas inatingíveis e pelo caráter punitivo do programa, fraudes e subterfúgios tornaram-se frequentes na rede de ensino estadunidense, por exemplo: elaboração de provas mais fáceis; ações visando evitar a presença de estudantes “problemáticos” (*gaming*); e fraudes envolvendo docentes, discentes e diretores na administração na correção de testes. Tais artifícios ardilosos, entretanto, eram facilmente perceptíveis, bastando comparar o desempenho dos educandos naqueles testes com o obtido pelos mesmos discentes nos testes federais do NAEP. Os testes padronizados (que tinham uma pequena abrangência de conteúdo) eram tantos, que subtraíam o tempo destinado à instrução. Os alunos eram bem treinados para testes, mas não possuíam conhecimentos básicos de disciplinas ignoradas nas avaliações<sup>11</sup>. Por conta disso, o programa recebeu a forte resistência dos pais, dos professores e dos alunos (BASTOS, 2018, p. 421-434).

Alguns estudos sobre os efeitos do programa norte-americano *No Child Left Behind* ainda apontam a política de responsabilização escolar punitivista e mal planejada prejudicou a educação de crianças provenientes de comunidades pobres (KOGAN; LAVERTU; PESKOWITZ, 2016, p. 418). Igualmente, há evidências de que o programa ainda prejudicava estudantes de determinados grupos étnicos, como afro-americanos e hispânicos (FLAVIN; HARTEY, 2017, p. 685). Lembrando ainda que, em mais de 10 anos de vigência, o *No Child Left Behind*, não conseguiu melhorar os indicadores dos EUA perante o ranking internacional da PISA. Na própria lógica de medição de desempenho própria da Pisa – no topo do Pisa – países que são muito bem avaliados e que não adotam uma política de *accountability*. Há outras opções metodológicas, e elas têm sido bem avaliadas também dentro do PISA (FREITAS, 2013, p. 11).

Essa é a complexidade do desempenho escolar de cada criança. Se forem considerados todos

<sup>10</sup> Nas palavras da pesquisadora: “Alguns desses aspectos coincidem com as mesmas razões dos educandos das escolas premiadas de Sobral, visto que esses também referem-se à parte lúdica, social e cognitiva que o ambiente escolar proporciona. Em contrapartida, a razão por conta da merenda escolar é uma justificativa diferenciada dos discentes das escolas apoiadas de Caucaia. Compreende-se que, devido às escolas apoiadas de Caucaia estarem situadas em áreas de carência social, as crianças passam por necessidades básicas, como a falta de alimento, atribuindo como um fator preponderante no gosto pela instituição a merenda escolar. Muitos desses estudantes saem de seus domicílios sem se alimentar, sendo a escola o local que “nutre” essa carência. Assim, a escola, ao oferecer a merenda escolar, acaba gerando sensação de saciedade e de prazer a seus discentes” (ARAÚJO, 2016, p. 152).

<sup>11</sup> Diane Ravitch exemplifica a fragilidade do conhecimento de alguns alunos do programa, que conseguiam acertar questões de múltipla-escolha, mas não sabiam dizer quem foi o presidente estadunidense durante a Guerra Civil Norte-Americana: “In New York City, teachers told a journalist that they eliminated social studies, art, and science for a month before the state reading and mathematics tests to concentrate on test-prep activities. One teacher said her students don’t know who the president was during the Civil War, ‘but they can tell you how to eliminate answers on a multiple-choice test. And as long as our test scores are up, everyone will be happy.’ Her principal directed her to ‘forget about everything except test prep.’ Another teacher said that the principals are partially evaluated on test scores, so ‘naturally they want the scores up, [and] that’s our priority. Actual education is second’”. (RAVITCH, 2010, p. 79).

esses fatores, notar-se-á a fragilidade donexo causal entre a atividade do gestor público e o não atingimento de metas do IDEB. Não que a Administração Pública não deva incessantemente buscar a melhora dos indicadores de qualidade de educação e que não possa influenciar em tais resultados, mas o desempenho dos estudantes depende de inúmeras variáveis que não são atribuíveis somente aos gestores, diretores de colégios e professores. Gestores públicos da educação e professores possuem um papel essencial no processo de aprendizagem dos estudantes, auxiliando na melhora dos indicadores, mas não são os únicos responsáveis pelos resultados (sejam eles bons ou ruins).

Outra preocupação deve ser ressaltada: a punição de gestores por falhas no atingimento de metas do IDEB colide frontalmente com o art. 22 da Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro, que reforça o pragmatismo no direito público brasileiro.

### **NA CONTRAMÃO DO ART. 22 DA LINDB...**

Incluído pela Lei n. 13.655/2018, o *caput* do art. 22 dispõe que, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

O artigo 22 da LINDB, enquanto reconhecimento dos órgãos de fiscalização das dificuldades do gestor público, objetiva combater a idealização excessiva dos fatos. Em relação à natureza das dificuldades de gestão objeto da apreciação pelo magistrado, têm-se citado dificuldades e obstáculos materiais, temporais, orçamentários e de pessoal. Tais circunstâncias, evidentemente, podem impedir a implementação de uma dada política pública. Além disso, são exemplos de dificuldades frequentes que a administração pública encontra em todo o país: falta de verbas, tempo escasso para planejar e executar a ação, déficit de pessoal, baixa qualidade dos recursos humanos disponíveis, deficiências de material de escritório, de infraestrutura mínima de trabalho, entre outras (JORDÃO, 2018, p. 6). Levando a discussão para a gestão pública educacional, ressalta-se a posição de Richard Pae Kim a respeito da responsabilidade educacional:

Muitas são as normas e os instrumentos de exigibilidade do direito à educação como já salientado, entretanto, infelizmente, esse conjunto de ordenamentos jurídicos não tem sido suficiente para garantir o sucesso da aprendizagem no país. Com efeito, vejamos. Uma pergunta põe em xeque o atual sistema: uma mãe que tem seu filho de 11 anos de idade, que estudou em escola pública durante todo o ensino fundamental, chega a um ouvidor do órgão público competente e lhe pergunta: de quem é a responsabilidade pelo fato de meu filho e de outros colegas não saberem ainda ler e escrever? Muitas respostas poderão ser dadas, mas qualquer uma que venha a ser apresentada não pode implicar na responsabilização somente do outro, e muito menos se poderá excluir, no nosso entendimento, a responsabilidade daquele que efetivamente tem a obrigação de responder pelas políticas educacionais: o gestor público. A possibilidade da judicialização, evidentemente, não representa a solução para todas as insuficiências da área educacional. Poderá constituir-se, no entanto, em significativo instrumento para algumas mudanças necessárias e desejadas (KIM, 2017, p. 18).

Em sentido parecido, encontra-se o raciocínio do procurador de contas junto ao Tribunal de Contas de São Paulo (TCE-SP), Rafael Neubern Demarchi Costa. Segundo ele, as contas de determinado ente público poderiam ser reprovadas se metas do IDEB não fossem cumpridas. Conforme o membro do Ministério Público de Contas:

SITUAÇÃO 3: Aplicado o mínimo no ensino, mas não atingida a nota esperada no Ideb. Trata-se de uma situação passível de dúvida (zona de penumbra), que exige um aprofundamento da análise.

Nesta situação, a Administração emprega os meios permitidos e esperados, mas não atinge os resultados desejados. Uma das críticas ao controle meramente formal é o fato de não se ater à verificação de consequências. Por isso, há a necessidade de complementar o controle formal com o controle por resultados. A verificação do quantum aplicado no ensino é apenas a primeira etapa do controle. Isto porque os constituintes, representando a sociedade, demandaram da Administração não apenas um gasto mínimo no ensino, mas também uma educação de qualidade. Se o Tribunal de Contas identifica o descumprimento do limite mínimo de gastos com a manutenção e o desenvolvimento no ensino, é motivo suficiente para emitir parecer prévio desfavorável às contas do exercício. [...] A destinação mínima de recursos para a educação é imprescindível de ser analisada, porém não é suficiente. Assim como é responsabilizado aquele que não respeita as despesas de execução obrigatória no ensino, há de ser responsabilizado o gestor que não atinge as metas esperadas. Afinal, oferta de ensino que não atende aos níveis esperados de qualidade pode ser considerada ‘oferta irregular de ensino’ (art. 208, § 2º, da Constituição Federal). Portanto, se não atingida a nota esperada no IDEB, ainda que tenha sido aplicado o mínimo no ensino, será caso de emissão de parecer prévio desfavorável. Caso contrário, ao se permitir que o não atingimento das metas seja desconsiderado, nunca avançaremos para a almejada priorização do controle por resultados (DEMARCHI COSTA, 2018, P. 10-12).

A proposição de rejeição de contas, como defende Demarchi Costa, configuraria inexoravelmente uma responsabilização do agente público por metas não atingidas na qualidade de ensino. Isto porque um gestor cujas contas foram rejeitadas pelo Tribunal de Contas “por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa” é considerado inelegível conforme a alínea “g” do art. 1º da Lei Complementar 63/90, além de outras sanções civis e administrativas cabíveis.

Conforme visto no tópico anterior, é simplista a visão denexo de causalidade direto entre desempenho educacional do aluno e a atuação de agentes públicos. Não somente isso, mas a visão de punição do gestor público pelo “dano de aprendizagem” também não considera as dificuldades e desafios da gestão pública. O raciocínio de Richard Pae Kim, por exemplo, embora reconheça que a judicialização não fornece respostas para todos os problemas educacionais, coloca o Poder Judiciário como protagonista de uma reforma social por meio de instrumentos de responsabilização do gestor.

Afilia-se, no presente trabalho, ao posicionamento de Marcos Augusto Perez, segundo o qual planejamento é ainda o melhor instrumento para atingir objetivos concretos nas políticas públicas. A não realização de metas ou atingimento dos indicadores preestabelecidos em um plano de ação administrativa “não se amolda à ideia de um comportamento ilegal ou em desconformidade com o direito dos agentes responsáveis” (PEREZ, 2018, p. 227).

Em sentido parecido aos projetos de lei de hipercontrole da educação básica, a proposta substitutiva ao PL 7.420/2006, apresentada pelo relator Raul Henry, prende-se à criação de uma “Ação Civil Pública Educacional”. Transcrevem-se alguns trechos do referido projeto substitutivo:

[...]. Capítulo 3 - Da responsabilização

Art. 4º A responsabilização pelo cumprimento das metas definidas no Plano Nacional de Educação em vigência, no âmbito das responsabilidades de atuação prioritária de cada ente federado em matéria educacional, será proporcional à relação entre o tempo de mandato do chefe do Poder Executivo e o tempo total previsto para atingimento das metas.

Art. 5º O retrocesso injustificado na qualidade da rede de educação básica, decorrente da falta de cumprimento dos requisitos de padrão de qualidade definidos na legislação, ensejará a aplicação do disposto no art. 6º desta lei.

§ 1º O retrocesso da qualidade da educação básica, referido no “caput”, será medido objetivamente pela comparação do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), calculado pelo Ministério da Educação, atingido no final de cada gestão do Chefe do Poder Executivo com o IDEB do final da gestão imediatamente anterior.

§ 2º Os exames nacionais periódicos realizados pela União para a obtenção do IDEB ocorrerão, necessariamente, em anos ímpares, com a obrigatória divulgação dos resultados até o dia 31 de dezembro do respectivo ano.

[...].

§ 4º Não importará na aplicação do disposto no “caput” o retrocesso na qualidade da educação básica decorrente de força maior ou de caso fortuito, desde que comprovado simultaneamente que:

a) houve priorização na alocação dos recursos públicos para o aprimoramento da qualidade da educação básica pela respectiva unidade de Federação;

b) foram garantidos todos os insumos e processos mencionados no art. 1º desta lei. [...].

Capítulo 4 - Da Ação Civil Pública de Responsabilidade Educacional

Art. 6º A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

“Art. 3º-A. Caberá ação civil pública de responsabilidade educacional para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, sempre que ação ou omissão da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios comprometa ou ameace comprometer a plena efetivação do direito à educação básica pública.

Parágrafo único. A ação civil pública de responsabilidade educacional tem como objeto o cumprimento das obrigações constitucionais e legais relativas à educação básica pública, bem como a execução de convênios, ajustes, termo de cooperação e instrumentos congêneres celebrados entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, observado o disposto no art. 211 da Constituição.”<sup>12</sup> [...].

Uma particularidade interessante do substitutivo é que se permite o ajuizamento de ação civil pública educacional no caso de “retrocesso da qualidade da educação básica”, a ser aferido pela comparação do IDEB. O § 4º do art. 5º, no entanto, dispensa a necessidade de ajuizamento da ACP educacional se for comprovado a aplicação mínima constitucional das verbas no desenvolvimento do ensino. Inicialmente, há a possibilidade de uma pressão do controle judicial sobre os resultados das avaliações, criando uma espécie de prestação de contas por via judicial. Após, o controle de resultados transforma-se em controle formal/procedimental, tornando inócuo o propósito do substitutivo – pois a não aplicação das verbas constitucionalmente vinculadas ao desenvolvimento do ensino já autoriza o ajuizamento de ação civil pública.

Os moldes normativos da Ação Civil Pública educacional poderão criar uma espécie de prestação de contas (art. 70 da CF) do gestor da educação para órgãos diversos daqueles previstos constitucionalmente para tanto. Tal ACP não se limita aos chefes do poder executivo e secretários, podendo ser dirigidas contra a diretoria de escolas que não batam metas.

A instituição de instrumentos judiciais como a ACP educacional pode se transformar em instrumento de ingerência do judiciário na gestão pública (abalando as estruturas da separação de poderes), a exemplo do que já ocorre na saúde pública. O receio e medo causado pela responsabilização punitiva pode inibir a criatividade do gestor público na área de educação para pensar em novas alternativas para a melhoria do ensino.

## **RESPONSABILIZAÇÃO PUNITIVA E ECONOMETRIA INOVADORA DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA**

Certo cuidado de diferenciação deve ser tomado no presente trabalho. A indução de esforços de gestores e agentes por meio de políticas públicas é diferente da responsabilização punitiva deles. Tais políticas não possuem necessariamente um aspecto punitivo exacerbado próprio de controladores. As políticas públicas pressupõem diversos estudos matemáticos e estatísticos que avaliam os possíveis impactos de

12 Parecer substitutivo do Relator da Comissão Especial e Projeto Substitutivo ao Projeto de Lei n. 7.420/2006. Brasília, 2013.

certos incentivos financeiros em determinado contexto econômico e social – ou seja, pressupõem estudos econométricos<sup>13</sup>. O propósito de tais estudos é de projetar o melhor *design* possível das políticas públicas, estimando possíveis externalidades, diminuindo impactos negativos, aumentando impactos positivos, efetivando direitos e inovando no contexto social.

No Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, somente se adotaram políticas de responsabilização escolar no âmbito das bonificações e não da punição. As consequências previstas no *accountability* escolar brasileiro consiste em políticas de incentivos, ao passo que nos Estados Unidos a consequência material pode ser negativa, como por exemplo, a dispensa de professores, diretores e o fechamento de escolas públicas por conta do desempenho ruim dos estudantes (FURTADO, 2015, p. 23).

Mesmo que se considere o não recebimento de premiações como uma espécie de “punição”, tais mecanismos são projetados no âmbito da gestão pública, envolvendo inúmeros profissionais e gestores com variadas áreas de formação e experiência. A atividade criativa do gestor é manifestada plenamente por meio de mecanismos financeiros de indução de comportamentos. Após o monitoramento dos resultados, é possível que administradores adaptem e melhorem tais sistemas, como acontece normalmente na prática.

Órgãos de fiscalização como poder judiciário, ministério público e tribunais de contas não possuem a capacidade institucional para gerir e administrar serviços complexos fora da sua área de atuação. Para elaboração e execução orçamentária de políticas públicas em geral, conforme o princípio das capacidades técnicas<sup>14</sup>, o Poder Executivo possui uma enorme gama de profissionais de áreas de economia, administração, engenharia, saúde, educação, ciência política, agronomia, zootecnia etc. Nas atividades fins do Judiciário e Tribunais de Contas, entretanto, as atribuições ainda são quase que exclusivamente exercidas por pessoas com conhecimento técnico somente nas áreas de direito, contabilidade e auditoria (estes dois últimos no âmbito dos tribunais de contas). Tais órgãos possuem habilidades limitadas para avaliar determinada prestação social que deveria ser prestada pelo poder público e o seu respectivo custo-benefício.

A Administração pública possui a competência de planejar, de forma séria e inovadora, como melhorar a desempenho dos estudantes no conhecimento da língua portuguesa e em matemática. Muitas vezes, no entanto, essas metas não são atingidas. Conforme Marcos Augusto Perez: “É natural que isso aconteça, pois há fatores que incidem sobre a vida das pessoas e das organizações que não são inteiramente previsíveis e, mesmo quando previsíveis, não produzem consequências certas” (PEREZ, 2018, p. 226). O controle de eficiência e resultados das políticas públicas possui objetivos estratégicos diferentes do controle de legalidade. Marcos Perez leciona sobre as diferenças entre legalidade e eficiência:

À legalidade importa a atuação concreta do direito e, mais enfaticamente, a conformidade com o direito e a defesa dos direitos. Trata-se de um controle de conformidade de uma dada ação (ou

13 A econometria de uma política pública é uma análise que utiliza métodos matemáticos e estatísticos para que se possam avaliar teorias sobre economia e finanças do setor público. A Econometria permite um debate a respeito do que são e de como se compreendem os fenômenos causais que justificam os investimentos públicos (analfabetismo, miséria, altos índices de violência), tão relevantes à avaliação de diversos assuntos jurídicos. Tais técnicas quantitativas auxiliam a identificar padrões comportamentais, que podem ser o tema central de pesquisas científicas, políticas públicas ou mesmo objeto de decisões judiciais (CASTRO, 2017, p. 394-395).

14 Neil Komesar, analisando as capacidades técnicas das instituições, pondera sobre o Poder Judiciário substituir decisões do Poder Legislativo. Conforme o autor, os poderes da república diferem em suas capacidades para resolver questões substantivas, e o grau e o tipo dessas diferenças podem variar significativamente. A dificuldade relativa de várias questões substantivas de políticas públicas surge de realidades sociais e políticas muito variadas e sutis. Tais questões possuem uma complexidade muito grande para serem adequadamente capturadas nas amplas categorias analíticas de princípio fundamental, discricionariedade política, economia ou processo democrático (KOMESAR, 1984, p. 367-368).

omissão) com normas (prescrições gerais e abstratas) preestabelecidas e, cuja consequência encontra-se no plano da validade e efetividade das ações e da eventual punição dos agentes públicos responsáveis. À eficiência, por outro lado, importa o atingimento das metas e dos indicadores de desempenho (bastante concretos) preestabelecidos e o constante aperfeiçoamento dos meios para o atingimento dessas metas. A ineficiência não gera a priori consequências no campo da validade ou da efetividade das ações administrativas, nem a punição dos agentes responsáveis, mas, sim, a revisão das metas, dos indicadores, e dos meios escolhidos para seu atingimento ou a descontinuidade da ação (PEREZ, 2018, p. 225-226)

Além do mais, ao contrário das punições, as políticas de estímulo à melhoria do desempenho estão expressamente previstas no plano nacional de educação. Conforme o PNE, constitui meta: “7.36) estabelecer políticas de estímulo às escolas que melhorarem o desempenho no IDEB, de modo a valorizar o mérito do corpo docente, da direção e da comunidade escolar”.

O estado do Ceará, por exemplo, tem sido um laboratório de indução de comportamento de agentes públicos educacionais (gestores, diretores de colégios e professores) há quase 30 anos. Os principais alvos de indução são os gestores municipais, utilizando o Estado de normas de distribuição de ICMS para tanto<sup>15</sup>. Tais leis, ao longo do tempo, provaram ter impactos muito positivos para a educação básica no Estado do Ceará, aumentando o desempenho dos alunos nas avaliações externas – no caso, IDEB e prova Brasil (CARNEIRO; IRFFI, 2017).

Segundo o relatório do IDEB publicado em 2018 (ano-base 2017), o Ceará conta com 94,5% das matrículas nos anos finais do ensino fundamental atribuídas a responsabilidade da rede municipal de ensino. Considerando as metas do IDEB, nota-se que 99,5% das redes municipais de ensino alcançaram as metas dos anos iniciais do ensino fundamental, enquanto que 85,3% alcançaram as metas dos anos finais do ensino fundamental (INEP, 2018).

Deve-se ressaltar que o não alcance de metas não deve, por si só ser encarado como uma infração dos docentes, da diretoria de um colégio ou do gestor público<sup>16</sup>. Não se defende aqui a total irresponsabilidade por parte dos agentes públicos da educação, mas sim que eles somente sejam punidos pelas consequências diretamente causadas por seus atos e omissões. Fala-se aqui em infração de procedimento: 1) o professor que não comparece para ministrar suas aulas, não se atualiza na matéria por meio de cursos oferecidos pelo poder público ou age de forma desrespeitosa em relação aos seus alunos e parceiros de trabalho; 2) a diretora que age de forma negligente na administração do colégio, sem seguir as normas proce-

15 A Lei 12.612/96 foi aprovada em meio de diversas reformas nacionais da educação básica em 1996, refletindo no novo censo de prioridade por parte do governo estadual cearense. Tal norma passou a direcionar parte considerável da receita legal de ICMS de forma proporcional aos gastos municipais com educação. Os critérios de repasse de ICMS da Lei 12.612 eram basicamente os seguintes: I. 12,5% de acordo com a proporção de gastos em educação sobre a receita municipal; II. 7,5% distribuídos equitativamente entre todos os municípios; e III. 5% de acordo com a população de cada município. A próxima Lei cearense de ICMS educacional, lei estadual n. 14.023/07, adotaria um modelo de gestão pública por resultados aplicada ao federalismo, assegurando uma maior responsabilidade política, transparência e desempenho dos municípios na área de educação. Segundo a vigente Lei estadual 14.023/07, a distribuição da cota-parte do ICMS é calculada nos seguintes percentuais: I. 18% em função do Índice de Qualidade em Educação (IQE); II. 5% de acordo com o Índice de Qualidade em Saúde (IQS); e III. 2% segundo o Índice de Qualidade em Meio Ambiente (IQM).

16 Nas palavras de Marcos Augusto Perez: “Mas o importante é que se deixe bem claro que a falta do resultado esperado não é, em si, uma ilegalidade e, nesse sentido, não se encontra no objeto dos controles jurisdicionais. Cabe à jurisdição decidir questões de direito (art. 5º, XXV, da Constituição), mas não cabe à jurisdição decidir uma política ou um plano ou fixar metas, orçamento, indicadores de desempenho, meios ou instrumentos de ação; consequentemente não lhe compete rever todo esse “complexo arranjo”, diante dos resultados obtidos ou punir a falta de resultado. Por outro lado, cabe à jurisdição, sim, o controle de legalidade de todas as etapas da política ou do plano: ela precisa verificar se há política; se houve planejamento; se o processo foi observado; se os motivos são sustentáveis; se a finalidade da ação administrativa é compatível com o direito; se houve realização efetiva do controle de resultados preconizado pela legislação; e se a Administração revisou a política ou o plano em função da experiência concreta (PEREZ, 2018, p. 228).”

dimentais pertinentes; e 3) o gestor que injustificadamente não aplica as verbas constitucionais vinculadas à educação pública. Todos esses danos educacionais, no entanto, possuem relação direta com conduta dos agentes públicos.

Em relação às políticas de incentivos, mesmo que se adote um posicionamento contrário, deve-se reconhecer que elas se encontram dentro da chamada reserva de Administração<sup>17</sup>. O Poder executivo é o único ramo dos Poderes de Estado com capacidade institucional para confeccionar complexos arranjos em políticas públicas – utilizando-se de cálculos econométricos avançados e análise comportamental dos agentes educacionais. Caso o poder executivo verifique que a política de incentivos não está produzindo os efeitos desejados, é esperado que ele ou modifique a política de incentivos ou a abandone por outro tipo de política pública. Para se ter essa consciência institucional, no entanto, é necessário que a gestão pública tenha domínio de várias áreas da ciência e tenha recursos humanos de diversas categorias profissionais e formações – atributos que o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas não possuem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhece-se que o tema proposto no texto possui uma complexidade transdisciplinar. Tal complexidade, no entanto, é intrínseca ao arranjo estrutural das políticas públicas. Não se faz política pública com base exclusivamente em princípios e regras jurídicas de caráter abstrato – os princípios e regras podem dar as diretrizes políticas, mas não fornecem o *design* da prestação social. As políticas públicas somente se efetivam por meio de estudos complexos, planejamento, dados empíricos, análises comportamentais e cálculos econométricos avançados – tudo isso requer cautela, criatividade e comprometimento por parte do gestor público.

Em um momento posterior à criação e execução de uma política pública, pode-se falar em efetivação de normas de caráter abstrato: o direito à saúde, o direito à moradia e, no caso do presente estudo, o direito à educação de qualidade. A efetivação desses direitos fundamentais não é dádiva divina – mas fruto de planejamento sério, investimentos e correção constante de falhas na execução da política pública. Falhas essas que não são consequências, por si só, de infrações cometidas por agentes públicos, mas sim de dificuldades inerentes ao próprio sistema de governança pública.

Não se desconhece da importância dos órgãos de controle externo, na medida em que tais órgãos são fundamentais para o pleno funcionamento do estado democrático de direito. A crítica feita no presente trabalho é direcionada ao hipercontrole público realizado por alguns membros desses órgãos, pois tal atitude diminui, simplifica e infantiliza as políticas públicas – menosprezando ainda o gestor público, com todas as suas qualidades e obstáculos enfrentados diariamente. Defende-se que o hipercontrole é danoso aos próprios valores constitucionais que o controle externo visa proteger. Na educação pública, a punição de agentes públicos por não realização de metas do IDEB pode prejudicar a educação dos alunos, abrindo espaço para sistemas de fraudes em exames e diminuição do currículo escolar.

Há o dever de proteger políticas educacionais de raciocínios romantizados e simplistas, motivo pelo qual vários fundamentos do presente trabalho foram buscados primeiramente da educação, pedagogia, economia aplicada à educação e sociologia da educação para, posteriormente, partir para um raciocínio jurídico.

<sup>17</sup> Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, reserva de administração é conceituada como “um núcleo funcional de administração ‘resistente’ à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento” (CANOTILHO, 2001, p. 739).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Karlane Holanda. Os efeitos do Prêmio Escola Nota Dez nos processos pedagógicos das escolas premiadas de Sobral e das apoiadas de Caucaia no ano de 2009. 2016. Dissertação - UFC.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração e programa de ação de Viena. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Junho de 1993. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_viena.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2018.

BASTOS, Remo Moreira Brito. O papel dos testes padronizados na política educacional para o ensino básico nos Estados Unidos. Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação, v. 26, n. 99, p. 418-444, 2018

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARNEIRO, Diego; IRFFI, Guilherme. Problema do Risco Moral na Educação Básica: Um modelo Agente-Principal para a distribuição de recursos da Cota Parte do ICMS. Apresentação de trabalho. 2017.

CASTRO, Ricardo Medeiros de. Direito, Econometria e Estatística. 2017, 542 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: A Política Pública como Campo Multidisciplinar. (Org. MARQUES, Eduardo; e FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de). São Paulo e Rio de Janeiro: Editora Unesp e Editora Fiocruz, 2013, v. 1.

DEMARCHI COSTA, Rafael Neubern. Controle formal x controle por resultados no âmbito dos Tribunais de Contas. Cadernos, v. 1, n. 2, p. 04-16, ago. 2018.

DINIZ, Josedilton Alves. Eficiência das transferências intergovernamentais para a educação fundamental de municípios brasileiros. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. No Children Left Behind Act. Washington, DC: US Department of Education, Jan. 2002. Disponível em: <<http://www2.ed.gov/policy/elsec/leg/esea02/107-110.pdf>>. Acesso em: 27 de out. de 2018.

FLAVIN, Patrick; HARTNEY, Michael T. Racial inequality in democratic accountability: Evidence from retrospective voting in local elections. American Journal of Political Science, v. 61, n. 3, p. 684-697, 2017.

FREITAS, Luiz Carlos de. Lei de responsabilidade educacional? *ComCiência*. Campinas, n. 132, 2011.

FREITAS, Luiz Carlos de. Políticas de responsabilização: entre a falta de evidência e a ética. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v.43, n.148, p.348-365, jan./abr. 2013.

FREITAS, Luiz Carlos de. Três teses sobre as reformas empresariais da educação: perdendo a ingenuidade. Cad. Cedes, v. 36, n. 99, p. 137-153, 2016.

FURTADO, Marcelo Gasque. Padrão de qualidade de ensino. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord); RIGHETTI, Sabine (org.). Direito à educação. São Paulo: EDUSP, 2009.

FURTADO, Clayton Sirilo do Valle et al. Responsabilização educacional em Pernambuco. 231 f. 2015. Tese de doutorado: Universidade Federal de Juiz de Fora. 2015.

GLEWWE, Paul; KASSOUF, Ana Lúcia. O impacto do Programa Bolsa Família no total de matrículas do

- ensino fundamental, taxas de abandono e aprovação. Anais do Encontro Nacional de Economia, v. 36, 2008.
- INEP. resultados do índice de desenvolvimento da educação básica – IDEB 2017. Brasília/DF, setembro de 2018. Disponível em: <https://vestibular.brasilescuela.uol.com.br/baixar/b282a014553b5c0cea3191c-d779a0a08.pdf>
- KIM, Richard Pae. Educação de qualidade no Brasil: Por uma Lei de Responsabilidade Educacional. Revista Com Censo: Estudos Educacionais do Distrito Federal, v. 4, n. 1, p. 12-23, 2017.
- KOGAN, Vladimir; LAVERTU, Stéphane; PESKOWITZ, Zachary. Performance federalism and local democracy: Theory and evidence from school tax referenda. American Journal of Political Science, v. 60, n. 2, p. 418-435, 2016.
- KOMESAR, Neil K. Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis. U. Chi. L. Rev., v. 51, p. 366, 1984.
- MENDONÇA, José Vicente Santos. A verdadeira mudança de paradigmas do Direito Administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, jan./abr. 2014.
- MONTEIRO, Vitor Borges; ARRUDA, Elano Ferreira. O impacto da violência urbana nos indicadores de evasão escolar na Região Metropolitana de Fortaleza. Anais do I Circuito de Debates acadêmicos, 2011.
- NEVES, Danilo Trombetta; DI GIORGI, Cristiano Amaral Garboggini. RESPONSABILIDADE EDUCACIONAL: PONTOS E CONTRAPONTO. Nuances: estudos sobre Educação, v. 27, n. 3, p. 155-172, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. 2.a ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
- PEREZ, Marcos Augusto. O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. 2018. Tese (Livre Docência em Discricionariedade) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/T.2.2019.tde-22042019-144541. Acesso em: 2019-10-02.
- RAVITCH, Diane. The death and life of the great American school system: how testing and choice are undermining education. New York: Basic, 2010.
- SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOUZA, Allan Solano; NETO, Antônio Cabral. Lei de responsabilidade educacional no Brasil (2006-2015): das promessas de qualidade da educação às incertezas. Revista Brasileira de Política e Administração da Educação-Periódico científico editado pela ANPAE, v. 34, n. 2, p. 543-566.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma Administração Pública de Resultados. In: Controle da Administração Pública (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
- TEIXEIRA, Evandro Camargos. Dois ensaios acerca da relação entre criminalidade e educação. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

# O USO DE AMBIENTES VIRTUAIS E O FORTALECIMENTO DA ADVOCACIA PÚBLICA INTERFEDERATIVA.

A MÁXIMA EXPRESSÃO DO FEDERALISMO COLABORATIVO E AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL.

*Viviane Ruffeil Teixeira Pereira*<sup>1</sup>

Há aproximadamente 20 (vinte anos) anos as Procuradorias-Gerais de Estados constataram a necessidade de instituir linhas de atuação específicas e profissionalizadas, perante as Cortes Superiores em Brasília, à semelhança de grandes escritórios de advocacia.

Foram então implantadas, paulatinamente pelos Estados, as Setoriais de suas Procuradorias em Brasília<sup>2</sup>, com Procuradores lotados na capital federal, cujo propósito era exercer representação judicial qualificada e especializada nas demandas próprias das Cortes Superiores.

Com efeito, a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores e os requisitos de admissibilidade cada vez mais exigentes dos recursos excepcionais passavam a demandar envolvimento mais próximo e específico dos Procuradores de Estados, para que a atuação se conformasse o máximo possível às exigências formais e, principalmente, com vistas à atuação exitosa.

A advocacia pública exercida perante os Tribunais Superiores mostrou-se de grande importância, sendo revestida de especificidades, tal qual diversas áreas especializadas das Procuradorias de Estados o são.

Tratar da advocacia pública perante as Cortes Superiores é falar em atuação especial tanto quanto é a atuação especializada dos setores tributários e consultivos, por exemplo. Não se trata de atuação mais ou menos importante, mas simplesmente, atuação especializada em segmento judicial próprio.

A aproximação entre Procuradores dos diversos Estados atuando na capital federal foi um caminho natural, promovido tanto pela atuação do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal (CONPEG), quanto pela coincidência e afinidade de temas debatidos pelos Estados, especialmente nas causas cujo embate é travado com a União Federal, os chamados conflitos federativos.

Quanto ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal (CONPEG), sua organicidade e atuação concertada remontam à década de 80, momento de significativo protagonismo das Procuradorias de Estados no cenário da federação, conforme registros históricos resgatados em artigo de abertura da obra *“Federalismo na Visão dos Estados”*, de autoria do Procurador do Estado de Minas

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará; Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia; Procuradora do Estado do Pará; Coordenadora da Setorial Brasília.

<sup>2</sup> Os primeiros escritórios setoriais das Procuradorias de Estados em Brasília datam, na verdade, das décadas de 70 (Bahia) e 80 (São Paulo). Mas foi somente em meados dos anos 90 e início dos anos 2000 que o movimento de fixação de escritórios na capital federal se consolidou. Exemplificativamente: Pernambuco (1996), Alagoas (1999), Pará (2000), Mato Grosso do Sul (2000), Sergipe (2002), Espírito Santo (2003), Ceará (2005).

Gerais, Onofre Alves Batista Júnior e João Leonardo Silva Costa<sup>3</sup>:

*Os primórdios do CONPEG remontam a outubro de 1984, durante o Décimo Congresso Nacional de Procuradores dos Estados, em Maceió (AL), ocasião na qual os Procuradores-Gerais e Advogados-Gerais dos Estados, avistando as incumbências e responsabilidades que o porvir reservaria à procuratura, decidiram conceber uma instituição que congregasse a cúpula da Advocacia Pública de Estado, de modo a articular e centralizar uma atuação jurídica concertada entre os Estados.*

*(...)*

*Relevante perceber que desde sua origem a instituição foi criada para ser um autêntico ‘Colégio’, e não um fórum, um conselho ou uma ouvidoria sobre os problemas que os Estados enfrentavam. Ainda que o acrônimo da instituição tenha variado ao longo do tempo, sendo anteriormente referido como CNPGEDEF, CNPGEDEF, ou CNPGE, sua missão precípua se manteve intacta: o fortalecimento da federação, no desempenho de articulações entre os Estados em defesa da legalidade, na construção de políticas públicas conjuntas e em ações de interesse comum em prol dos entes subnacionais.*

Os interesses comuns facilmente identificados nas reuniões do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais transitavam em torno de conflitos federativos travados, o mais das vezes, com o governo central.

Os problemas enfrentados pelos Estados, relatados e compartilhados pelos Procuradores-Gerais, restavam muitas vezes sem possibilidade de encaminhamentos práticos, dadas as dificuldades de integração e atuação judicial conjunta, considerando a autonomia dos Estados e a vocação jurídica regional e local de suas Procuradorias.

Os escritórios setoriais de Brasília permitiram grande avanço no trato dos temas comuns aos entes federados, viabilizando o encontro de Procuradores de todos os Estados em um mesmo espaço territorial, com a frequência necessária à maturação de temas e teses, bem como, à atuação judicial conjunta.

Nesse cenário foi então criada a Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal:

*Progressivamente o Colégio também se formalizou. Desde as suas origens havia um regimento interno sobre sua constituição e funcionamento. Mas autêntico marco em sua história foi a criação de sua Câmara Técnica (CT) em 2008, primeiramente coordenada pela Procuradora do Estado Sandra Maria do Couto e Silva (AM), coadjuvada pelas colaboradoras também Procuradoras do Estado Ana Carolina Monte Procópio (RN) e Vanessa Abreu (MG), contando com a participação do atual presidente da CT, Ulisses Schwarz Viana, como 1º Vice-presidente à época, e das colegas Christina Aires Correa Lima (RJ) e Sérgio Santana (PE).*

*A criação da Câmara foi impulsionada, dentre outros motivos, pela sistemática da Repercussão Geral, no STF, e dos Recursos Repetitivos, no STJ, e pelo anseio de que houvesse um centro que gestasse ações jurídicas concertadas entre os Estados, a evitar o tumulto processual, e a combater aberrações autoritariamente impostas pelo poder central.<sup>4</sup>*

A identificação de conflitos federativos comuns aos Estados e a modernização dos processos de demanda de massa, com a introdução no sistema processual do julgamento de recursos repetitivos impulsionou os Estados e Distrito Federal a se organizarem em ambiente permanente de estudo e troca de experiências.

Esse ambiente de trabalho coletivo, que como dito, tem foro na capital federal e é protagoniza-

<sup>3</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; *O Federalismo na Visão dos Estados – uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos de Constituição*; 2018. Casa do Direito, fls. 10-12,

<sup>4</sup> Ob. cit. fls. 16.

do pelos Procuradores de Estados que atuam perante as Cortes Superiores, lotados em escritórios Setoriais em Brasília, realiza reuniões mensais, nas quais são submetidos a debates os mais variados temas comuns, de interesse federativo e que despertam a atuação conjunta dos Estados-membro.

As reuniões são usualmente realizadas na sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, que acolhe, nesse propósito, as demais Procuradorias de Estados e confere apoio fundamental ao bom desempenho de tão relevante atribuição.

O compartilhamento de informações entre os Procuradores lotados na capital e a coleta de dados com os setores especializados das Procuradorias, nas bases estaduais, é elemento fundamental no desempenho da advocacia interfederativa.

Traço de importância relevantíssima, o esforço de congregação de informações, dados, estatísticas e elementos locais fáticos, necessários à instrução das mais variadas demandas, são obtidos em ambiente virtual, exigindo dos participantes enorme envolvimento e organicidade em plataformas digitais de uso comum e de domínio público, como *chats* de conversação, nuvens e correio eletrônico.

A velocidade da informação, de fácil acesso e compartilhamento entre os advogados públicos federais, que contam com um único sistema de dados espreado por todo o país, escapa aos Procuradores dos Estados que atuam nas causas federativas.

Com efeito, Estados e Distrito Federal, por força de sua autonomia e em razão da enorme variedade de sistemas de gestão de processos (alguns Estados nem mesmo os tem), somados à diversidade de realidades regionais, ausência de sistema integrado e compartilhado de troca de informações, não contam com a facilidade de acesso a dados que tem o governo central, o que impõe aos Procuradores de Estados que atuam na capital federal dedicação diária a ambientes virtuais e softwares de domínio público que, longe de ser instrumentos de lazer, mostram-se ferramentas de trabalho de relevantíssima utilidade.

Exemplo da utilização de instrumentos digitais – sem qualquer custo aos entes públicos – a Câmara Técnica reúne-se, diariamente, no ambiente do aplicativo *WhatsApp*, em grande grupo de atuação no qual são trocadas informações, peças processuais, minutas de adesão, documentos de interesse dos Estados, sendo ambiente em que, principalmente, são deliberadas – com legitimidade – muitas estratégias de atuação judicial conjunta e concertada dos Estados-membro.

Os Tribunais se modernizam constantemente e criam os mais variados mecanismos digitais de aperfeiçoamento de julgamentos. Contam, tal qual as procuradorias federais, com a unicidade de tratamento de dados e informações. Um mesmo sistema atendendo todo um universo judicial, facilitando a comunicação de informações e o trabalho do operador do direito.

Os Procuradores dos Estados que atuam em conjunto na capital federal, pelas causas comuns dos entes federativos, não podem contar com sistema unificado de troca de dados e informações e têm nas plataformas digitais mais singelas, de domínio público e sem custo (tecnologias gratuitas), o refúgio para bem desempenhar sua missão.

Em um cenário de grande especialização digital, portanto, os Estados e o Distrito Federal têm se desincumbido de tarefa jurídica de grande envergadura sem fazer uso de softwares elaborados e custosos. Ainda assim, vêm experimentando novo avanço na advocacia federativa exercida em conjunto, na capital federal.

Com efeito, é possível afirmar que o compartilhamento diário de informações e material relevante para os Estados pelas plataformas digitais utilizadas pela Câmara Técnica consiste em verdadeira prática de advocacia pública inovadora, conquanto não seja atuação imposta institucionalmente aos Procuradores, mas aderida e utilizada espontaneamente por aqueles que desempenham tais atribuições, além de ser um foro reconhecidamente legítimo por todos os que dele se utilizam.

A espontaneidade no uso e, ao mesmo tempo, reconhecimento da legitimidade do ambiente virtual pelos Procuradores de Estados e Distrito Federal que integram a Câmara Técnica são elementos de fundamental importância para o sucesso da advocacia pública federativa.

Com efeito, a autonomia dos Estados inviabiliza a atuação centralizadora ou hierárquica de um ente federado sobre o outro. Tentativas de uniformização de sistemas de dados, compartilhamento de informações padronizadas ou aplicação de medidas disciplinares por atuação destoante de modelos pré-definidos não se coadunam com a harmonia da advocacia interfederativa.

A preservação do pacto federativo e da autonomia dos Estados é, justamente, grande elemento propulsor da atuação da Câmara Técnica e do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, de modo que, para consecução de seu mister, não poderiam os mesmos valer-se de expedientes capazes de enfraquecer as balizas constitucionais federativas.

É nessa sensível equação que caminha a atuação dos Procuradores dos Estados e Distrito Federal que congregam a Câmara Técnica: a espontaneidade em atuar coletivamente, o respeito pela autonomia de cada ente federado, a harmonia na atuação conjunta, com o propósito de conduzir a defesa dos Estados em caminho de interesse comum, pela preservação do pacto federativo e em sistema de moderação de forças com a União Federal.

A advocacia federativa colaborativa, portanto, não pode perder de vista o elo constitucional que a motiva e que justifica sua razão de ser:

Constituição Federal:

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

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

É bem dizer, para desempenhar a advocacia interfederativa, os Procuradores que integram a Câmara Técnica e os Procuradores-Gerais, no CONPEG, devem atuar preservando e enaltecendo a autonomia dos Estados-membro, de modo a fortalecer o pacto federativo.

É exatamente por atuarem em equilíbrio de forças e no exercício da autonomia constitucional que lhes é conferida que se revela a legitimidade da atuação coletiva dos Estados e Distrito Federal, sendo a coligação de esforços um traço de reafirmação da autonomia dos entes federativos, que optam por atuarem em conjunto na defesa de causas de interesse comum.

A autonomia, como princípio constitucional, legitima a unidade federativa na tríplice capacidade: de auto-organização, autogoverno e auto-administração, observados os limites do poder soberano. Por

consequente, compete ao Estado reger sua disciplina administrativa e política, até porque é dotado de Poder Constituinte decorrente devendo reger-se pela Constituição e leis que adotar, observados os princípios da Carta Magna.

Quanto aos conceitos de soberania, autonomia e federação, transcreve-se trecho doutrinário extraído da obra *Curso de Direito Constitucional*, de autoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

*Assim, a soberania, no federalismo, é atributo do Estado Federal como um todo. Os Estados-membros dispõem de outra característica – a autonomia, que não se confunde com o conceito de soberania.*

*A autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder. Essa descentralização é não apenas administrativa como, também, política. Os Estados-membros não apenas podem, por suas próprias autoridades, executar leis, como também é-lhes reconhecido elaborá-las. (...)*

*A autonomia política dos Estados-membros ganha mais notado relevo por abranger também a capacidade de autoconstituição. Cada Estado-membro tem o poder de dotar-se de uma Constituição, por ele mesmo concebida, sujeita embora a certas diretrizes impostas pela Constituição Federal, já que o Estado-membro não é soberano.*

É característico do Estado federal que essa atribuição dos Estados-membros de legislar não se resume a uma mera concessão da União, traduzindo, antes, um direito que a União não pode, a seu talante, subtrair das entidades federadas; deve corresponder a um direito previsto na Constituição Federal. (...)

*Sustenta-se, ainda, que a Constituição Federal deve ser rígida e que o princípio federalista deve ser cláusula pétrea, para prevenir que a União possa transformar a Federação em Estado unitário.<sup>5</sup>*

É em torno de tais premissas que muitas das demandas judiciais enfrentadas pela advocacia interfederativa são travadas. Para assegurar o pacto federativo e moderar forças com o governo central, os Estados, no exercício da autonomia constitucional de que gozam, optam por unir esforços entre si e desempenham atuação coletiva que, longe de enfraquecer referida autonomia, a reafirma e a consolida.

É enorme, como se vê, o desafio de se apresentar de modo uníssono, com elementos comuns, com teses construídas em bases uniformes para todos os Estados e Distrito Federal, especialmente quando se vislumbra o aparato de sistemas e recursos digitais de que dispõe a União Federal, maior opositora judicial dos Estados nas trincheiras das demandas federativas.

Para viabilizar essa atuação coordenada, de modo a preservar a autonomia dos entes federativos, a Câmara Técnica conta com regimento interno<sup>6</sup> que disciplina, de forma sucinta, procedimentos para os encaminhamentos dos trabalhos:

Art. 3º. Nos recursos extraordinários processados nos termos dos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, os Estados e o Distrito Federal poderão apresentar manifestação conjunta sobre a questão da repercussão geral, visando a defesa do interesse público comum, observadas as disposições do artigo 4º da Resolução CNPGE/DF n.º 1/2008 e os seguintes procedimentos:

§1º - Destacada a existência de repercussão geral de matéria relevante para o interesse comum dos Estados e do Distrito Federal, a Procuradoria/Advocacia Geral do ente federativo que figurar como parte no processo comunicará o fato ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais e ao Presidente da Câmara Técnica, que cientificará os integrantes da câmara e designará o coordenador das medidas

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*, 10ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2015, fls. 814/815.

<sup>6</sup> Regimento Interno da Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal – Criada pela Resolução n.º 01/08-CONPEG.

necessárias à manifestação conjunta no feito na qualidade de terceiros interessados na análise da repercussão geral, na forma do art. 543-A, §6º do CPC.

§2º - Reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a existência de repercussão geral, a Procuradoria/Advocacia Geral do ente federativo que for parte no recurso extraordinário comunicará o fato ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais e ao Presidente da Câmara Técnica, que cientificará os membros da câmara e, se ainda não houver, designará o coordenador das medidas necessárias à intervenção conjunta no feito, observado o disposto no art. 327, §2º do RISTF.

§3º - O Presidente da Câmara Técnica designará o coordenador na forma do §2º, do art. 4º, da Resolução n.º 001/2008-CNPGEDF.

§4º - Na hipótese do parágrafo anterior, o coordenador da manifestação conjunta, a quem competirá elaborar a minuta da manifestação, será designado dentre os representantes da Câmara Técnica, salvo determinação em contrário.

§5º - O ente federativo que decidir pela apresentação de manifestação autônoma comunicará a decisão ao Presidente por meio de seu representante na Câmara Técnica.

§6º - As manifestações conjuntas serão submetidas e subscritas pelos Procuradores/Advogados Gerais, que poderão delegar a subscrição das peças aos respectivos representantes perante a Câmara Técnica.

Nota-se, pelas disposições transcritas do regimento interno da Câmara Técnica, que a atuação conjunta dos Estados é feita com grande independência entre os mesmos, não havendo determinação impositiva de atuação coletiva, ao mesmo tempo em que não há traço hierárquico entre os entes federados.

A mesma sistemática prevista no art. 3º acima transcrito deve ser observada para os temas de recursos repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça, bem como ações diretas de inconstitucionalidade/constitucionalidade de interesse comum dos Estados.

Há registros de atuação coletiva dos Estados-membro, também, em arguição de inconstitucionalidade perante o Tribunal Superior do Trabalho (índices de atualização de débitos da fazenda, Arg. Inc. 479-60.2011.5.04.0231), bem como em incidente de resolução de demandas repetitivas perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (repartição de receitas IRRF, IRDR 5008835-44.2017.4.04.000), e até mesmo em sede de Recurso em Habeas Corpus, no célebre caso do devedor contumaz, atuação interfederativa brilhantemente liderada pelas Procuradoras Luciana Marques Vieira da Silva Oliveira (Procuradora do Distrito Federal) e Ana Carolina de Carvalho Neves (Procuradora do Estado de Santa Catarina à época, atualmente Procuradora do Estado da Bahia) (RHC 163.334, Supremo Tribunal Federal).

Também há registros de atuação coletiva dos Estados e Distrito Federal no âmbito do FONAP – Fórum Nacional de Advocacia Pública, em que os Procuradores que atuam perante os Tribunais Superiores trocaram experiências com Procuradores Federais, tendo havido proposição formal, subscrita pelo CONPEG, de solução administrativa de contencioso federativo pacificado no Supremo Tribunal Federal, por meio de pareceres normativos da Advocacia-Geral da União, a exemplo das causas que tratam de inscrição no CAUC sem a conclusão do devido processo legal, bem como processos que tratam do princípio da intranscendência das sanções (restrições aplicadas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não podem contaminar um ao outro).

A atuação colegiada das Procuradorias dos Estados também deu azo à propositura de ações, com petição inicial subscrita por diversos Procuradores, deduzindo as mesmas e únicas razões de interesse comum. São exemplos nesse sentido a Ação Cível Originária n.º 3150 e Ação Cível Originária n.º 3151, propostas perante o Supremo Tribunal Federal, nas quais se questiona a queda de repasses constitucionais

do Fundo de Participação dos Estados (FPE) pela União e nas quais se requer a reposição das perdas detectadas, bem como, ajustes no sistema federal de escrituração e repartição de receitas, de modo a corrigir as distorções identificadas.

Outro exemplo de atuação coletiva em ação originária proposta conjuntamente pelos Estados e Distrito Federal perante o Supremo Tribunal Federal é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 523), na qual se sustenta a tese de que a União vem praticando verdadeira fraude fiscal em ampliar e perpetuar a desvinculação de receitas (DRU) e instituir contribuições, quando deveria ampliar sua capacidade de arrecadação por meio de tributos cujas receitas possam ser repartidas com os demais entes federativos, conforme comandos constitucionais explícitos a respeito.

Nesse ponto, importante destacar a confecção coletiva de peças, em exemplo de perfeito entrosamento, harmonia e respeito entre os Procuradores dos mais variados Estados, fatores que fortalecem e legitimam as teses levadas a juízo, sempre impressionando positivamente os Ministros que são visitados nas inúmeras audiências realizadas pelos representantes das Procuradorias na capital federal.

A atuação coletiva, por sua vez, pode suscitar questionamentos quanto à legitimidade de atuação e preservação da autonomia constitucional dos entes federados, especialmente nos casos de propositura de ações subscritas em conjunto pelos Estados e Distrito Federal, assim como nos momentos em que um Estado representa os demais no uso da tribuna em sessões de julgamento, o que vem acontecendo com grande frequência, em nome da economia processual e organicidade e eficiência das sessões de julgamento.

O presente ensaio pretende, exatamente, demonstrar que, longe de enfraquecer a autonomia dos Estados e Distrito Federal, sua atuação coletiva em verdade é resultado do irrestrito exercício de tal autonomia, revelando-se de grande importância para preservação do pacto federativo e para a moderação de forças com o governo central.

A ausência de subordinação entre os entes, ausência de hierarquia e controle disciplinar, demonstra que a atuação colegiada dos Estados e Distrito Federal perante as Cortes Superiores consiste no exercício da autonomia com total preservação das normas constitucionais, tratando-se de atuação absolutamente legítima.

O resultado desse trabalho de advocacia pública interfederativa não passa despercebido nos Tribunais Superiores, conforme registrado em matéria jornalística publicada no jornal Folha de São Paulo, em 18/03/2018, intitulada “*Como se relacionam os influenciadores do Supremo*”:

A comunidade central, azul, mais heterogênea e conectada, é eminentemente composta por entes da federação, incluindo-se o amigo mais frequente do STF: a União. Eles tendem a opinar sobre guerra fiscal e outros temas relativos ao federalismo e financiamento estatal.

No caso dos Estados, podem orquestrar sua atuação a partir da Câmara Técnica de Procuradores de Estado, um centro de decisão conjunta que funciona junto ao Supremo.

À atuação dos Procuradores de Estados na capital federal, como se vê, instituída em princípio para especialização da advocacia perante os Tribunais Superiores, considerando os crescentes requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais e abrangência da jurisprudência defensiva de referidas Cortes, agregou-se atuação interfederativa que somente tem sido possível em razão de novas práticas de advocacia

pública colaborativa, realizadas, inclusive, por meio de plataformas digitais que, embora de domínio público e não institucionais, viabilizam a necessária integração para o bom desempenho de tão relevante papel.

O compromisso assumido com a carreira comum de Procurador de Estado e com a causa federativa tem viabilizado a atuação judicial coletiva dos Estados e Distrito Federal, sem que haja norma vertical impositiva.

Enfrenta-se neste ensaio o questionamento sobre possível violação à autonomia constitucional dos entes federados, considerando-se a atuação judicial e administrativa coletiva de Estados e Distrito Federal.

Em conclusão, e de modo propositivo, justamente por não haver hierarquia ou sobreposição de um ente sobre o outro, conclui-se que essa atuação coletiva de advocacia interfederativa revela total expressão da autonomia dos Estados e Distrito Federal, não havendo qualquer violação constitucional no modelo de condução coletiva de demandas ora apresentado.

O resultado de tal atuação tem sido a prática de advocacia pública harmônica, a revelar o federalismo de cooperação no seu estado mais puro, com respeito à autonomia dos entes federados e direcionamento dos esforços profissionais para interesses comuns, especialmente à preservação do pacto federativo e moderação de forças com o governo central.

## **BIBLIOGRAFIA**

BARROSO, Luís Robert; *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; *O Federalismo na Visão dos Estados – uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos de Constituição*. 1ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.