

REVISTA DA  
**AGU**

volume 17 nº 01 - Brasília-DF, jan./mar. 2018

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da AGU	Brasília	v. 17	nº 01	p. 1-376	jan./mar. 2018
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

# Revista da AGU

## Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 - Térreo -  
CEP 70610-460 - Brasília/DF - Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370  
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br  
© Advocacia-Geral da União - AGU - 2018

**ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO**  
Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

**ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO**  
Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Secretário-Geral de Consultoria
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador-Geral do Banco Central
Maria Aparecida Araújo de Siqueira	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União

### ESCOLA DA AGU

Diogo Palau Flores dos Santos	Diretor
Douglas Henrique Marin dos Santos	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-Geral

**ABNT(adaptação)/Diagramação:** Niuza Lima /Gláucia Pereira

**Capa:** Niuza Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU/ Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes  
Leal. - Brasília : EAGU, 2002.  
v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes

Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU : Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da AGU (2008-).

Apartir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN -L 1981-2035; ISSN 2525-328x

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05  
CDU 342(05)

## **EDITOR-CHEFE**

### **DIOGO PALAU FLORES DOS SANTOS - AGU-DF**

Doutor em Direito Constitucional (Função Social do Direito - Direito Processual Civil) pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Professor do Centro Universitário IESB e da Escola da AGU. Advogado da União - AGU

## **VICE-EDITOR**

### **DOUGLAS HENRIQUE MARIN DOS SANTOS**

Doutor em Ciências pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp).  
Mestre em Direito (Ciências jurídico-filosóficas) pela Universidade do Porto (UP-Portugal).  
Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil no Centro Universitário IESB/DF.  
Procurador Federal. Membro da Advocacia-Geral da União - AGU

## **EDITORAS ASSISTENTES**

Gláucia Maria Alves Pereira  
Niuza Gomes Barbosa de Lima

## **INDEXAÇÃO EM:**

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR - Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos de pesquisa brasileiros

## CONSELHO EDITORIAL

### INTERNACIONAIS

**CARLA AMADO GOMES  
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,  
PORTUGAL)**

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Leciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

**JOSÉ ALEXANDRE GUIMARAES DE  
SOUSA PINHEIRO. (UNIVERSIDADE  
DE LISBOA, PORTUGAL)**

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorou pelo

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA  
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,  
ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

**PEDRO T. NEVADO-BATALLA  
MORENO (UNIVERSIDAD DE  
SALAMANCA, ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

### NACIONAIS

#### REGIÃO NORTE

**EDSON DAMAS DA SILVEIRA  
(UEA/UFRR)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

**JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO  
(CESUPA)**

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

#### REGIÃO NORDESTE

**MONICA TERESA COSTA SOUSA  
(UFMA)**

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

**MARTONIO MONT'ALVERNE  
BARRETO LIMA (UNIFOR)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA  
(UFPE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

**ARTUR STAMFORD DA SILVA  
(UFPE)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

**HERON JOSÉ DE SANTANA  
GORDILHO (UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR  
(UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

**REGIÃO CENTRO-OESTE**

**JEFFERSON CARÚS GUEDES  
(AGU/CEUB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi Procurador Geral da União, Procurador-Chefe Nacional do INSS e Consultor Jurídico do Ministério da Previdência Social, Diretor da Escola da AGU e Vice-Presidente Jurídico dos Correios. Membro da Advocacia-Geral da União.

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES  
GODOY (AGU/CEUB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-

UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi Procurador-Geral Adjunto na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Membro da Advocacia-Geral da União.

**MARCELO DA COSTA PINTO  
NEVES (UNB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Universidade de Bremen. Foi Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq). Foi Procurador do Município de Recife.

## REGIÃO SUDESTE

### **JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutorado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

### **ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

### **MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

### **DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP).

Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutorado em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

### **TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM WAMBIER (PUC/SP)**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

### **THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

## REGIÃO SUL

### **LÊNIO STRECK (UNISINOS)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

### **MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)**

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande

do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União. Foi Procuradora do Município de Porto Alegre.

### **REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutorado em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

## PARECERISTAS

### **ADÉLCIO MACHADO DOS SANTOS - AGU SC**

Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC). Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Mestre em Relações Internacionais. Especialista em Psicologia Organizacional e do Trabalho; em Psicopedagogia; em Gestão Educacional; em Supervisão, Orientação e Administração Escolar; em Direito Civil; em Negócios Internacionais; e em Ecumenismo e Diálogo Inter-religioso. Bacharel em Administração, Direito, Ciência Política, Filosofia, Jornalismo e Turismo. Licenciado em História, Filosofia, Letras e Pedagogia. Tecnólogo em Comunicação Institucional, Gestão Financeira e em Produção Publicitária. Docente e pesquisador dos Programas “*Stricto Sensu*” em Desenvolvimento e Sociedade e em Educação (Uniarp).

### **ANA CLÁUDIA SANTANO - PR**

Pós-Doutorado - Universidad Externado de Colombia, UEXTERNADO, Colômbia. Pós-Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR, Brasil. Doutorado em Estado de Derecho y Buen Gobierno - Universidad de Salamanca, USAL, Espanha. Mestrado em Democracia y Buen Gobierno - Universidad de Salamanca, USAL, Espanha. Professora pesquisadora do programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia no Centro Universitário Autônomo do Brasil - Unibrasil

### **BRUNO GARCIA REDONDO - RJ**

Doutorando em andamento e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Pós-Graduado em Advocacia Pública pela UERJ (PGERJ/ESAP, 2009). Pós-Graduado em Direito Privado e em Direito Público pela EMERJ (UNESA/TJ RJ, 2009)

### **BRUNO MENESES LORENZETTO - PR**

Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Visitng Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Doutor em Direito pela UFPR

na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2007). Bolsista pela CAPES durante o Mestrado na UFPR. Desenvolve suas pesquisas na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Teoria do Direito e Teoria do Estado.

### **CARLOS ALBERTO MOLINARO - RS**

Doutor em Direito, summa cum laude, com acreditação de “Doctor Europeo” (DERECHOS HUMANOS & DESARROLLO 2a. Edición) - Universidad Pablo de Olavide-UPO. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - UCRS. Professor na Universidad Pablo de Olavide, Sevilla - ES.

### **CLÁUDIO JOSÉ AMARAL BAHIA - SP**

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Possui mestrado em Direito Constitucional - Instituição Toledo de Ensino (2002). Graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1996) e Atualmente é professor - Instituição Toledo de Ensino na graduação e na pós- graduação stricto sensu. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional.

### **DANIELA BUCCI - SP**

Doutora e Mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora Observatório de Violação dos Direitos Humanos da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS) e Pesquisadora-Líder do Núcleo de Estudos de Direitos Humanos da USCS (NEDH-USCS). Pesquisadora do Núcleo de Estudos de Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo - NETI-USP. Professora Universitária.

### **DANILO GARNICA SIMINI - SP**

Doutorando em Ciências Humanas e Sociais (UFABC). Mestre em Direito (UNESP). Pós-graduação em Direito Público (Escola Paulista da Magistratura). Docente nos cursos de Relações Internacionais e Ciências Contábeis da Universidade de Ribeirão Preto e no curso de Direito da Faculdade Francisco Maeda de Ituverava.

### **ELISA DE SOUSA RIBEIRO**

#### **PINCHEMEL - DF**

Doutora e Mestre em Estudos Comparados Sobre As Américas pela Universidade de Brasília, Brasil(2016). Professora de Ciência Política do Centro Universitário UNIEURO. em diversas disciplinas do direito e da área de gestão. Gerente de Sustentabilidade

### **ERICA GUERRA DA SILVA - RJ**

Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Permanente da Comissão de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados Brasileiros. Vice-Presidente da Comissão de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados Brasileiros, biênio 2014/2016 e 2016/2018. Professora Adjunta da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ-ITR). Autora de Livros e artigos jurídicos.

### **FÁBIO FERNANDES NEVES**

#### **BENFATT - PR**

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenador Geral do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras Londrina. Graduação em Direito e Mestrado em Direito Negocial, ambos pela Universidade Estadual de Londrina. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção Londrina - PR. Docente titular da Disciplina Direito Concorrencial na Especialização em Direito Empresarial na Universidade Estadual de Londrina/PR

### **FERNANDO HORTA TAVARES - MG**

Pós-Doutor em Direito Constitucional e Direito da União Europeia pela Universidade Nova de Lisboa (2008; 2016-2017); Doutor em Direito e em Direito Processual (PUC Minas 2002); Mestre em Direito Processual (PUC Minas, 1998). Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Professor Adjunto IV (licenciado) do Programa de Pós-Graduação e da Faculdade de Direito da PUC Minas. Professor Adjunto (licenciado) do Mestrado em Direito e Inovação e da Licenciatura, ambos da Faculdade de Direito da UFJF.

### **GRACE LADEIRA GARBACCIO - AL**

Profissional da área de Sustentabilidade/Gestão Ambiental, Jurídica, Governança Corporativa

Compliance, Comunicação e RH, formada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002) e em Administração pela Fundação João Pinheiro (2000), com Mestrado em Direito Ambiental pela Université de Limoges (2005) e Doutorado em Direito Ambiental - Université de Limoges (2009). Experiência nas áreas de Direito, da Administração, Comunicação e Marketing em empresas como Vallourec, Saint Gobain, Anglo American e Votorantim Energia, bem como no poder executivo do Estado de MG em suas Secretarias. Francês Fluente, Inglês Avançado, Italiano e Espanhol Intermediário.

### **GUSTAVO COSTA NASSIF - MG**

Pós-Doutor pela Universidade Nova de Lisboa, UNL, Portugal. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-MG. Professor titular da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS

### **JONATHAN CARDOSO RÉGIS - SC**

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e Doctor em Derecho pela Universidade de Alicante (Espanha). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI). Especialização em: Administração em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul; Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali e Habilitação para o Magistério Superior pela Univali (2008). Atualmente é Sub Comandante do 1º Batalhão de Polícia Militar (Itajaí/SC). Instrutor convidado do Curso de Aperfeiçoamento de Sargentos da Polícia Militar 2010. Instrutor do Curso de Formação de Soldados da Polícia Militar de Santa Catarina nos anos de 2008, 2011/2012, 2013/2014, 2014/2015 e 2016 (Balneário Camboriú e Itajaí). Atualmente é Professor de Direito Penal, Legislação Especial Penal e Direitos Humanos na Universidade do Vale do Itajaí - Univali.

### **LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO**

#### **CRUZ - SP**

DOUTORA em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo . Professora do Mestrado em Direito da UNINOVE - Linha

de Pesquisa: Justiça e o Paradigma da Eficiência. Professora de Direito processual civil no curso de graduação na UNINOVE/SP. Professora convidada dos cursos de Especialização em Direito processual civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Convidada do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil na FDSBC/SP . Advogada, com ênfase em Direito Processual Civil, e Ações Coletivas . Membro da ILA-Brasil e Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Atua como Segundo Parecerista (Duplo Blind Peer Review) da Revista de Processo (Editora RT). Parecerista do Cadastro Nacional e Internacional de Avaliadores do CONPEDI.

#### **LUCIANO DOS SANTOS DINIZ - MG**

Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduação em Bioética pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor adjunto I do Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais - CEFET/MG.

#### **LUDMILLA ELYSEU ROCHA - RJ**

Doutora em Educação pela Universidade Federal do Rio de Janeiro/PPGE - Programa de Políticas Públicas e Gestão Educacional - UFRJ/RJ . Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF/RJ. Pós graduanda em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Faculdade de Filosofia de São Bento no Rio de Janeiro. Professora Adjunta em Direito Privado na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/UFRRJ/Instituto Três Rios/ITR - Departamento de Direito, Humanidades e Letras (DDHL).

#### **LUIS CLÁUDIO MARTINS DE ARAÚJO – AGU - RJ**

Advogado da União - AGU. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com período sanduíche (Visiting Scholar) na University of Cambridge (Cambridge). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em International Environmental Law pelo United Nations Institute for Training and Research (UNITAR) com extensão em Private International Law pela Hague Academy of International Law (HAIL) e em International

Law pela Organization of American States/ Inter-American Juridical Committee (OAS/IAJC). Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Titular IV da graduação do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

#### **LUÍS DE FREITAS JÚNIOR - AGU-DF**

Doutorando em Direito, Justiça e Cidadania. Universidade de Coimbra/Portugal. Procurador Federal - DF -

#### **LUIS RENATO VEDOVATO - SP**

Doutor em direito pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre m Direito da UNIMEP. Professor Doutor da UNICAMP e Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIMEP.

#### **MARCELLY FURAZO GULLO - SP**

Doutorando em Ciências Jurídico-Econômicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca - FDF. Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. Professora Universitária. Advogada.

#### **MARCILENE MARGARETE**

#### **CAVALCANTE MARQUES - RJ**

Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - UVA. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis - UCP. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário . Graduada em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora contetudista da área de Direito Previdenciário da Universidade Estácio de Sá. Professora da Graduação em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário na modalidade Presencial e a distância. Professora da Pós Graduação em Direito Previdenciário, da Universidade Estácio de Sá na área de Direito Previdenciária e Trabalho na modalidade a distância. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito Previdenciário e sistema recursal trabalhista.

**MARGARETH VETIS ZAGANELLI - ES**

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG. Estágios de Pós-doutorado na UNIMIB e na UNIBO(IT). Mestrado em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo, UFES. Professora Titular da UFES.

**ORLANDO DE CARVALHO****SBRANA - SP**

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2016), mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Penal; Direito Econômico; Direito Penal Econômico, Financeiro e Societário; Direito Processual Penal; Direito Administrativo e Direito Constitucional.

**PAULO RICARDO SCHIER - PR**

Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (Centro de Democracia e Direitos Humanos do IGC, Ius Gentium Conimbrigae. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Professor Convidado da Universidade de

Wroclaw (Polônia). Professor de Direito Constitucional do UniBrasil. Professor de Direito Constitucional no Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar, na Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST) e na Academia de Direito do Centro Europeu.

**ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO****NELSON – RN**

Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor efetivo de Direito, no Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN.

**SONILDE KUGEL LAZZARIN - RS**

Possui graduação em Direito, Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito, na área de Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUCRS.

**VERONICA LAGASSI - RJ**

Doutora e Mestre em Direito, especialista em Direito Empresarial e Docência do Ensino Superior. Professora do Curso de Direito no IBMEC-RJ e FACHA Advogada, Vice-Presidente da Comissão de Direito Econômico da OAB-RJ, Membro associado do CONPEDI .

## AUTORES

### **ADRIANO SILVA SOROMENHO - AGU - SP**

Advogado da União (AGU) desde 2009, Mestre em Direito (2017), Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB.

### **ALLAN CÉSAR DE ARRUDA CORREIO - PR**

Mestrando em direito pela UNIMAR - Universidade de Marília (SP) em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social. Possui graduação em Direito pela Universidade Norte do Paraná (2012). Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Professor Damásio de Jesus (2014), Professor nas disciplinas de Direito Processual Civil, Direito das Relações de Consumo e Direito Civil Aplicado pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR, Advogado.

**ANA CARLA PINHEIRO FREITAS - CE**  
Pós-Doutorado em Direito pela UNIFOR (2015). Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1999). Professora dos cursos de mestrado e doutorado na UNIFOR.

### **ANA CRISTINA GOMES - ESP**

Doutoranda em Direito Penal pela Universidad de Salamanca, Escuela de Doctorado “Estado de Derecho y Gobernaza Global. Mestre em Direito pela Unesp.

### **ARTHUR GUSTAVO SABOYA DE QUEIROZ - CE**

Mestrando em Deito da Universidade Federal do Ceará. Advogado.

### **CARLOS MURILO BIAGIOLI - SP**

Jornalista pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Advogado.

### **CAROLINE MÜLLER BITENCOURT - RS**

Doutora em Direito. Especialista em Direito Público. Professora do PPGD – mestrado e doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul da disciplina Teorias do Direito.

### **CHRIS THORNHILL - UK**

Professor in Law at University of Manchester. Research interests lie in the following areas: Sociology of Law; Comparative Constitutional Law; Law and Social Theory; Legal History

### **EDUARDO HENRIQUE LOPES FIGUEIREDO - MG**

Doutor em direito do Estado e Mestre em direito das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas e professor adjunto do departamento de direito público da Universidade Estadual de Londrina.

### **EVERALDO SANTOS SOARES - CE**

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC. Professor na Universidade Regional do Cariri da disciplina Direito Previdenciário. Analista do Seguro Social, em exercício na Procuradoria Seccional Federal, órgão de execução da Advocacia Geral da União, em Juazeiro do Norte/CE.

**FÁBIO CAMPELO CONRADO DE  
HOLANDA - CE**

Doutor em Ciência Política pela UFRGS  
Mestre em Direito pela UFC. Professor do  
Curso de Mestrado em Direito Privado da  
Unif7. Procurador Federal na PF/CE

**FERNANDO ANDRADE  
FERNANDES - SP**

Doutor em Direito pela Universidade  
de Coimbra, Portugal. Pós-doutorado  
em Direito Penal pela Universidade de  
Salamanca. Professor Assistente Doutor  
da Universidade Estadual Paulista Júlio de  
Mesquita Filho campus de Franca

**FLAVIO MATIOLI VERÍSSIMO  
SILVA - MG**

Mestrando em Constitucionalismo e  
Democracia pela Faculdade de Direito do  
Sul de Minas.

**FRANCISCO DIAS DE OLIVEIRA  
JUNIOR - CE**

Mestrando em Direito pela UNif7.

**HEITOR HENRIQUE POSSAGNOLI  
- PR**

Mestrando em Direito Econômico pela  
UNIMAR. Assessor de Pós-Graduação  
de Juiz de Direito. Bacharel em direito  
pela Universidade do Norte do Paraná -  
Campus Bandeirantes.

**JOÃO PAULO FORNI - DF**

Mestrando em Direito Público. Pós-  
graduado em Gestão Estratégica  
de Organizações Públicas. Possui  
graduação em Administração pelo  
Centro Universitário de Brasília (2010).  
Atualmente é Auditor Federal de Controle  
Externo no Tribunal de Contas da União.

**JORDAN TOMAZELLI LEMOSN - ES**  
Bacharelado em Direito pela Universidade  
Federal do Espírito Santo (UFES).

**JOSÉ ANTONIO REMEDIO - SP**

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo  
(PUCSP). Mestre em Direito Constitucional  
pela Universidade Metodista de Piracicaba  
(UNIMEP). Professor de Graduação e Pós-  
Graduação em Direito da Universidade  
Metodista de Piracicaba (UNIMEP).  
Professor de Graduação em Direito  
do Centro Universitário Adventista de  
Engenheiro Coelho (UNASP). Promotor de  
Justiça do Estado de São Paulo Aposentado.

**LUCIANA LAURA CARVALHO  
COSTA DIAS - DF**

Doutoranda em Direito. Mestre em  
Direito das Relações Internacionais  
pelo Centro Universitário de Brasília.  
Procuradora federal em Brasília.

**MAGNO FEDERICI GOMES - MG**

Pós-doutor em Direito Público e Educação  
pela Universidade Nova de Lisboa-  
Portugal e em Direito Civil e Processual  
Civil. Doutor em Direito e Mestre em  
Direito Processual, pela Universidad de  
Deusto-Espanha.

Mestre em Educação pela PUC Minas.  
Professor do Mestrado Acadêmico em  
Direito Ambiental e Sustentabilidade na  
Escola Superior Dom Helder Câmara.  
Professor Adjunto da PUC Minas e  
Professor Titular licenciado da Faculdade  
de Direito Arnaldo Janssen. Advogado.

**MARGARETH VETIS ZAGANELLI- ES**

Doutora em Direito (UFMG). Mestre  
em Educação (UFES). Estágio Pós-  
doutoral na Università degli Studi  
di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na  
Alma Mater Studiorum Università di  
Bologna(UNIBO). Professora Titular da  
Universidade Federal do Espírito Santo  
(UFES). Coordenadora do Grupo de  
Pesquisa Bioethik (UFES) e do Grupo de  
Pesquisa Direito e Ficção (UFES).

**MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO  
FILÓ - SC**

Doutorando em Direito, UFSC. Professor de Teoria Geral do Processo e de Prática Administrativa na UNESC. Pesquisador no Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania - NUPEC. Advogado.

**MAURO DA CUNHA SAVINO FILÓ  
- MG**

Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos e Especialista em Processo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

**RAFAEL SCHWEZ KURKOWSKI - SE**

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004). Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo (2014). Professor assistente licenciado da Faculdade Pio Décimo. Membro do Ministério Público do Estado de Sergipe. Membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público.

**SUZY ANNY MARTINS  
CARVALHO - CE**

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Christus (2014) e

Terapia Ocupacional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (1990). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Christus – Unichristus. Advogada.

**THERESA CHRISTINE DE  
ALBUQUERQUE NÓBREGA - PE**

Possui Mestrado e Doutorado pela UFPE, é professora da UNICAP, onde atua como coordenadora da disciplina de Direito Administrativo e como assessora de Avaliação do Curso de Direito. É Presidenta da Subcomissão de Direito do Terceiro Setor da OAB-PE. É membro do Núcleo Docente Estruturante – NDE, no âmbito da gestão acadêmica do Curso de Direito, na UNICAP. Atua como Gestora e advogada do Escritório Theresa Nóbrega Advocacia, especializado em Direito do Terceiro Setor.

**WARLEY RIBEIRO OLIVEIRA - MG**

Mestrando em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogado militante.

**YDUAN DE OLIVEIRA MAY - SC**

Mestre e Doutor em Direito, UFSC. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da UNESC. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito. Advogado.

# SUMÁRIO

Editorial.....	17
<b>TRADUÇÃO</b>	
<i>O Direito Internacional e o Futuro da Democracia</i> <i>Chris Thornhill (tradução de Carina Rodrigues de Araújo Calabria).....</i>	19
<b>ARTIGOS</b>	
Responsabilidade Civil Objetiva do Estado Brasileiro À Luz da Análise Econômica do Direito <i>Civil Strict Liability of the Brazilian State in Light of Law &amp; Economics</i> <i>Adriano Silva Soromenho.....</i>	45
A Linguagem, o Discurso Jurídico Penal e a Corrupção <i>The Language, Discourse Penal and Corruption</i> <i>Ana Cristina Gomes</i> <i>Fernando Andrade Fernandes.....</i>	65
A Erradicação da Fome no Brasil a Partir da Declaração de Roma de 1996: estruturas de combate, avanços e pontos frágeis <i>The Eradication of Hunger in Brazil Since the 1996 Rome Declaration: combat structures, progress and weakness</i> <i>Arthur Gustavo Saboya de Queiroz.....</i>	93
A Crise dos Discursos de Justificação para a Manutenção do Benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição em Face dos Princípios da Seletividade e Distributividade <i>The Crisis of Justification Speeches For The Maintenance of Benefit of The Retirement for Time of Contribution in Face of the Principles of Selectivity and Distributivity</i> <i>Everaldo Santos Soares</i> <i>Caroline Müller Bitencourt.....</i>	109
Considerações Sobre a Sociedade de Consumo e a Defesa da Concorrência <i>Considerations on Consumer Society and the Defense of Competition</i> <i>Fábio Campelo Conrado de Holanda</i> <i>Francisco Dias de Oliveira Junior.....</i>	133
Direito Social ao Transporte: nova diretriz e velhas premissas na mobilidade urbana <i>Social Right to Transport: new guideline and old premises about urban mobility</i> <i>Flavio Matioli Veríssimo Silva</i> <i>Eduardo Henrique Lopes Figueiredo.....</i>	153
A Função Social e Solidária da Empresa na Sociedade da Informação <i>The Social and Solidarity Company Function in the Information Society</i> <i>Heitor Henrique Possagnoli</i> <i>Allan César de Arruda Correio.....</i>	169

Lavagem de Capitais: reflexões acerca da constitucionalidade dos artigos 2º, §2º E 17-D da Lei nº 9.613/98 <i>Money Laundering: reflections on the constitutionality of articles 2º, §2º and 17-D of Law nº 9.613/98</i> Jordan Tomazelli Lemos Margareth Vetus Zaganelli .....	189
Limites ao Direito de Informação e à Liberdade de Imprensa <i>Limits to the Right Information and Freedom of the Press</i> José Antonio Remedio Carlos Murilo Biagioli .....	211
Repartição de Benefícios: qualquer coisa é melhor do que nada <i>Benefit Sharing: anything is better than nothing</i> Luciana Laura Carvalho Costa Dias .....	237
Corrupção e Objetivos do Desenvolvimento Sustentável <i>Corruption and Sustainable Development Goals</i> Magno Federici Gomes Warley Ribeiro Oliveira.....	261
Análise da Legitimidade do STF para Alterar a Política Pública Nacional Sobre Drogas no Âmbito do Controle de Constitucionalidade <i>Analysis of the Supreme Court's (STF) Legitimacy to Alterate the National Drug Control Policy During a Constitutionality Control Procedure</i> Rafael Schwetz Kurkowski João Paulo Forni .....	281
Pessoa com Deficiência Intelectual Ante a Lei 13.146/15 <i>Person with Intellectual Disability Before the Law 13,146/15</i> Suzy Anny Martins Carvalho Ana Carla Pinheiro Freitas .....	313
As Autarquias no Compasso e no Descompasso do Direito Administrativo Brasileiro <i>The Municipalities in the Compass and in the Mismatch of Brazilian Administrative Law</i> Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega .....	335
Políticas Públicas na Visão Garantista: considerações a respeito da realidade brasileira <i>Public Policies in the Garantista Vision: considerations about the Brazilian Reality</i> Yduan de Oliveira May Maurício da Cunha Savino Filó Mauro da Cunha Savino Filó .....	359



## EDITORIAL

Prezado leitor,

Em 2018, a Advocacia-Geral da União chega aos seus 25 anos e a Escola da AGU completará 18 anos de existência.

São marcos temporais que devem ser comemorados com regozijo - no que toca às imensas conquistas obtidas no interregno - e com atenção, no que concerne aos reptos que certamente baterão às portas de nossa Escola.

Além da capacitação, nacional e internacional, de membros e servidores, a verve da advocacia pública há de florescer, em um ambiente multifacetado e democrático propício para a criação e desenvolvimento do pensamento jurídico moderno.

A Escola da AGU é o ponto nodal para que essa capacidade jurídico-criativa seja exercida de forma plena, em benefício do indivíduo, da instituição e do Estado brasileiro.

A Revista da AGU faz parte desse processo, consolidando-se como periódico de referência nacional na produção científica em direito. Esta edição demonstra e reforça tal conclusão.

Primeiramente, a obra nos brinda com o artigo “O Direito Internacional e o Futuro da Democracia”, do autor convidado Chris Thornhill, professor titular da Universidade de Manchester.

O autor, de forma objetiva e convincente, assevera que a formação de sistemas políticos democráticos nacionais exige bases normativas criadas pelo direito internacional, de forma que os cidadãos se comuniquem com instituições políticas em dimensão nacional e, mais além, como cidadãos de direito global.

A conclusão é certa, ao sugerir que as “democracias centradas somente na expressão nacional do poder legislativo não tiveram bom desempenho quanto a esses princípios legitimadores” [inclusão igualitária e participação].

De fato, uma leitura inovadora e provocante.

Mas esta edição vai além. Entre os 15 (quinze) artigos selecionados pelo sistema double blind peer review, 11 (onze) são de autoria de operadores do direito exógenos à advocacia pública federal. Além dos membros da Advocacia-Geral da União, promotores, juízes, professores e advogados foram atraídos pelo protagonismo da Revista da AGU na disseminação do conhecimento jurídico, contribuindo com manuscritos de excelente qualidade e agradabilíssima leitura.

Os desafios atuais estão diante de nós. Os futuros, inexoravelmente, serão mais densos e complexos. A Escola da AGU não se esquivava de seu protagonismo: está presente. E assim permanecerá.

Desejamos uma ótima leitura a todos com o convite para navegarem pela revista eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Diogo Palau Flores dos Santos

Douglas Henrique Marin dos Santos

AUTOR CONVIDADO

# O DIREITO INTERNACIONAL E O FUTURO DA DEMOCRACIA

*INTERNATIONAL LAW AND THE FUTURE OF DEMOCRACY*

*Chris Thornhill*

*Professor in Law at University of Manchester. Research interests lie in the following areas: Sociology of Law; Comparative Constitutional Law; Law and Social Theory; Legal History*

*Tradução de Carina Rodrigues de Araújo Calabria  
Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB  
Membro do Manchester International Law Centre (MILC)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Democracia nacional global; 2 As antinomias da democracia constitucional; 3 As novas pré-condições da democracia; 3 (i) Litigação constitucional; 3 (ii) Litigação coletiva;

3 (iii) Proeminência de direitos humanos; 3 (iv) Acesso igualitário a cortes; 3 (v) Vínculo com direito internacional; 3 (vi) Separação de duas dimensões de articulação política; 4 O Futuro da Democracia.

**ABSTRACT:** This article argues that it is a mistake to identify the formation of democratic political systems with national societies. In fact, very few national societies were able to create political systems marked by capacities for full and equal political inclusion. Democracy eventually evolved within national societies on normative foundations created by international law, a fact which distinctively shaped the institutional design of most democratic polities. A core feature of national democracy is that citizens communicate with political institutions in two dimensions – as national citizens, and as citizens of global law. It is only when national political systems preserve lines of social communication in both these dimensions that democracy is secure.

**KEYWORDS:** Democracy. Functional Equivalence. Inclusion. International Law. Citizenship.

**RESUMO:** Esse artigo defende que identificar a formação de sistemas políticos democráticos com sociedades nacionais é um erro. Na verdade, pouquíssimas sociedades nacionais foram capazes de criar sistemas políticos marcados pela capacidade de promover inclusão política plena e igualitária. A democracia eventualmente evoluiu dentro de sociedades nacionais em bases normativas criadas pelo direito internacional, um fato que distintivamente moldou o design institucional dos estados mais democráticos. Uma característica essencial da democracia nacional é que cidadãos se comunicam com instituições políticas em duas dimensões – como cidadãos nacionais e como cidadãos de direito global. Apenas quando sistemas políticos nacionais preservam linhas de comunicação social em ambas dimensões, a democracia é segura.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Equivalência Funcional. Inclusão. Direito Internacional. Cidadania.

## INTRODUÇÃO

A relação entre a difusão global da democracia desde a década de 1980 bem como a crescente importância e sistemática densidade do direito internacional dos direitos humanos observadas progressivamente desde a década de 1940 é uma questão frequente de especulação e controvérsia. Notavelmente, em anos recentes tem sido amplamente e enfaticamente defendido que o direito internacional dos direitos humanos contém um direito categórico à democracia ou, ainda, que o direito à democracia tem status de jus-cogens.<sup>1</sup> Neste contexto, muitos observadores atribuem os processos materiais de democratização a um grupo de direitos formalmente declarados e, inclusive, veem a democracia como o simples corolário de um direito globalmente constituído.<sup>2</sup> De certa forma, tais alegações têm um grau de plausibilidade. Claramente, instrumentos centrais ao sistema jurídico global estabelecem disposições prescritivas para democracia como um sistema ideal de autoridade pública<sup>3</sup> e muitas organizações internacionais, amparadas pelo direito internacional, reivindicam autoridade para promover democracia. Contudo, a alegação de que a democracia – ou, ao menos, um modelo particular de democracia – é prescrito pelo direito internacional não é totalmente persuasiva. Assim, a concepção de que sistemas democráticos diretamente – ou casualmente – refletem normas globais é também/igualmente questionável.

Há uma série de razões pelas quais tais alegações não são persuasivas. Destacadamente, a alegação de que o direito internacional poderia ditar um direito à democracia é simplesmente exagerado; sem a existência de um ente político (estado, na versão original em inglês “polity”) mundial, é virtualmente impossível construir democracia como uma norma universalmente exigível. Adicionalmente, no entanto, a emergência

---

1 Parte da pesquisa para esse artigo foi financiada pelo Conselho de Pesquisa Europeu (Advanced Grant: 323656-STC).

Para uma expressão inicial dessa visão veja Report on the Right to Self-Determination, E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1 (1980). Veja depois Thomas M. Franck, ‘The Emerging Right to Democratic Governance’. *The American Journal of International Law* (1992) 86(1): 46-91; Reginald Ezetah, ‘The Right to Democracy: A Qualitative Inquiry’. *Brook Journal of International Law* (1997) 22: 495-534.

2 Veja a “Warsaw Declaration of the Community of Democracies (2000)”, que construiu normas da Organização das Nações Unidas (ONU) como parte de um roteiro político: <http://www.community-democracies.org/values/warsaw-declaration/>.

3 O direito à democracia está somente implícito na Carta das Nações Unidas (ONU) e é discutível à medida que outros instrumentos da organização estabelecem um direito à democracia. O artigo 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos declara um direito à democracia. Não obstante, não é esperado que esse direito seja executório. Apenas mais tarde no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 foi categoricamente declarada (Art. 25(b)) que participação eleitoral é um direito básico.

progressiva de um sistema internacional de direitos humanos, no qual a presunção de um direito à democracia é enraizado, tem sido acompanhada por uma transformação da democracia em si. De um lado, à medida que a democracia tem sido globalmente disseminada, a forma institucional da democracia tem assumido uma forma híbrida, de maneira que muitos governos possuem atualmente tanto características democráticas quanto autoritárias. De fato, governos podem satisfazer minimamente condições derivadas de um presumível direito global à democracia ao mesmo tempo em que preservam muitos traços autoritários.<sup>4</sup> A definição de democracia tem, por conseguinte, se tornado fluída, de maneira que a democracia não pode ser facilmente descrita sob a ideia de um mero direito formal. De outro lado, como discutido anteriormente, o fato de que a democracia é promovida como parte de uma ordem global de direitos tem alterado profundamente o layout institucional de entes políticos constitucionais, de maneira que o enquadramento no qual o direito à democracia em si é articulado afeta, de certa forma, a concretização desse direito. De acordo com ambas perspectivas, a ideia de que a democracia pode ser estabelecida sob a premissa de um direito manifesto pressupõe a existência de um mundo político simplificado e descomplicado. Pressupõe também que normas globais podem ser inculcadas imediatamente em estruturais sociais domésticas, de maneira que um modelo simples e pré-formatado de democracia pode ser generalizado através de diferentes sociedades. Pressupõe, adicionalmente, que, em diferentes configurações, instituições políticas podem simplesmente replicar diretivas externas. Finalmente, pressupõe que sistemas políticos podem ser avaliados simplesmente pela retenção ou não de características estaticamente construídas. Dado o nosso conhecimento histórico da contingência política de processos de construção institucional, parece sempre ingênuo presumir que a enunciação global de um direito à democracia iria criar democracias de acordo com um modelo democrático previamente estabelecido.

O que pode ser defendido com alguma convicção, no entanto, é que a expansão global da democracia e a ascensão do direito internacional como um sistema global são dois processos intimamente conectados<sup>5</sup>. Embora não faça referência específica a um direito à democracia permanente e exigível, o direito internacional certamente cria pré-condições propícias ao desenvolvimento de tal direito e promove diretamente a construção

4 Veja Ekaterina Yahyaoui Krivenko, *Rethinking Human Rights and Global Constitutionalism. From Inclusion to Belonging* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), p. 3.

5 No entanto, questionando a ideia de direito internacional como um sistema, veja Jean D'Aspremont, 'The International Court of Justice and the Irony of System-Design.' *Journal of International Dispute Settlement* (2017) 2(1): 366-387.

de instituições democráticas. Isso pode ser evidenciado por uma série de fatores bastante óbvios. Primeiro, a maioria das constituições estabelecidas em democracias recém-estabelecidas têm sido parcialmente criadas por provedores de normas internacionais. Adicionalmente, agentes favoráveis à democracia localizados dentro de sociedades nacionais, em um processo de orientação em direção à democracia, têm normalmente se mobilizado e extraído autoridade de normas internacionais.<sup>6</sup> Segundo, a maioria das constituições democráticas dá efeito imediato ou indireto ao direito internacional dos direitos humanos e reconhece e protege uma série de direitos humanos globalmente reconhecidos, tanto de natureza política como não-política. Terceiro, a maioria dos estados democráticos são parte de convenções de direitos humanos globais ou regionais, o que promove vigorosamente a democracia tanto como uma norma de reconhecimento interestatal como quanto um sistema ideal de administração doméstica. Nesses casos, normas globais de direitos humanos impactam de maneira pervasiva em atos de legislação nacional. Quarto, estados em processo de erosão democrática usualmente moderam e restringem o reconhecimento de normas de direito internacional. Adicionalmente, difamação de normas internacionais raramente sinaliza ou conduz a qualquer tipo de melhora na qualidade de instituições democráticas em sociedades nacionais. Nesse sentido, o vínculo entre direito global e democracia nacional é bastante evidente e é sempre de se esperar que estados democráticos irão oferecer proteção ao direito global dos direitos humanos. De maneira geral, muitos direitos básicos estabelecidos pelo direito global não podem ser facilmente exercidos fora de contextos democráticos.

A democracia, é claro, foi originalmente entendida como uma conquista distintiva nacional. Os princípios semânticos básicos de democracia se originaram ao mesmo tempo do discurso de nacionalidade. De maneira fundamental, alguns conceitos normativos essenciais da sociedade moderna tais quais *povo*, *soberania popular* e *cidadania* pertencem igual e identicamente às construções de democracia e de nacionalidade.<sup>7</sup> Não obstante, é difícil identificar entes políticos construídos exclusivamente em bases legais nacionais que alcançaram a condição de democracias plenas ou que integraram seus cidadãos como agentes puramente nacionais. De fato, padrões puramente

---

6 Veja em geral Margaret E. Keck and Kathryn Sikkink, 'Transnational advocacy networks in international and regional politics.' *International Social Science Journal* (1999) 51 (159): 89–101. Para discussões específicas veja Daniel C. Thomas, *The Helsinki Effect. International Norms, Human Rights, and the Demise of Communism* (Princeton: Princeton University Press, 2000); Mona El-Ghobashy, 'Constitutionalist Contention in Contemporary Egypt.' *American Behavioral Scientist* (2008) 51: 1590–1610.

7 Veja a convergência desses termos na teoria clássica do constitucionalismo moderno: Emmanuel-Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers-état?* (Paris: Pagnerre, [1789]1839).

nacionais de formação institucional não conduziram, de maneira específica, à democracia. A coincidência temporal original entre formação nacional e democratização recente se provou, finalmente, fatal para o surgimento de sistemas políticos plenamente democráticos: a democracia foi inicialmente estimulada por processos de formação nacional mas o seu enraizamento nesses processos, em última instância, obstruiu sua realização plena.

Há dois padrões clássicos de formação institucional que determinaram a estrutura de sociedades nacionais modernas antes de 1945. Ambos padrões refletem arraigados impulsos democráticos. Entretanto, ambos ficam aquém das expectativas de democratização conclusiva. Algumas sociedades nacionais evoluíram sob um padrão de *democracia intermitente*, no qual experimentos recorrentes de reforço da democracia resultaram em retrocessos reacionários, trazendo lapsos causados por formas de autoritarismo renovadas e frequentemente mais consolidadas<sup>8</sup>. Mais tipicamente, algumas sociedades nacionais evoluíram em um padrão de *democracia parcial*, no qual certos grupos sociais se mantiveram obstinadamente excluídos do exercício pleno de direitos de cidadania democráticos. Nessas sociedades, a construção de instituições completamente democráticas, baseadas em *inclusão política plena e abrangente da população*, encontrou profundas divisões intra-sociais, o que impediu o estabelecimento de democracia em qualquer forma que ultrapassasse arranjos parciais e seletivamente inclusivos. Esse fenômeno é visível em um número razoável de tipos de entes políticos e em entes políticos caracterizados por histórias de integração democrática bastante diferentes. No entanto, em quase todos entes políticos que evoluíram por meio desse padrão, a trajetória de democratização nacional foi impedida por fissuras profundas e divisões existentes dentro da sociedade nacional – normalmente conectadas a padrões universais de exclusão de gênero, a segmentações entre centro-periferia, a antagonismos étnicos e dinâmicas de repressão de minorias, ou a monopolizações classistas de poder público – que dificultaram o caminho de inclusão democrática plena.<sup>9</sup> Na maioria desses casos, o ímpeto em direção à democracia nacional somente deu lugar a um sistema político por meio do qual grupos sociais monopolistas, cuja hegemonia usualmente se deve a afiliações definidas por classe ou etnia, foram capazes de estabilizar posições na elite e marginalizar grupos sociais

---

8 Esse pode ser como um padrão dominante na América Latina desde 1945 até a década de 1990.

9 No último ponto veja Robert J. Goldstein. *Political Repression in 19<sup>th</sup> Century Europe* (London: Croom Helm, 1983).

mais fracos.<sup>10</sup> Acima de tudo, como consequência, sociedades que chegaram à condição de integração democrática plena usando exclusivamente meios legais nacionais são uma minoria e têm características bastante distintas – em particular, elas são menores em termos populacionais.<sup>11</sup> A visão básica de democracia nacional como um sistema de integração baseado em direitos, mantido com apreço ao longo do espectro de reflexão política e sociológica moderna, foi sempre uma esperança compassiva.<sup>12</sup>

Nesse contexto, parece existir uma forte, embora não imediata relação entre a ascensão da democracia como um sistema de inclusão e a autoridade crescente do direito internacional depois de 1945. Notavelmente, foi apenas depois de 1945 que democracia plena começou a emergir como uma realidade política concreta e que padrões dominantes de democratização intermitente e/ou parcial foram superados; isso coincidiu com a primeira onda de intensificação de direito internacional dos direitos humanos. Então, foi apenas no final da década de 1980 que democracia plena começou a tomar a forma de uma norma global; o que coincide com a solidificação mais profunda de um regime internacional geral de direitos humanos. Nesses processos, a coincidência entre democracia nacional e direito internacional se tornou visível em duas dimensões distintas. Como mencionado, tornou-se visível no fato de que, devido a uma crescente interação inter-judicial, novas democracias garantiram elevada proteção ao direito internacional dos direitos humanos. Igualmente importante, tornou-se visível no fato de que, em sociedades com uma tradição de longa data de democracia parcial, o impulso final

10 Essa é uma característica particular de sociedades que estabeleceram amplas emancipações em um estágio inicial em sua formação moderna. Nomeadamente, o Reino Unido é frequentemente visto como uma jovem democracia, até por renomados cientistas políticos. Veja por exemplo Seymour Martin Lipset, 'Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy.' *The American Political Science Review* 53(1) (1959): 69-105; 93. No entanto, a Grã Bretanha teve um baixo nível de emancipação masculina até 1918 e o sistema em que eleitores podiam votar mais de uma vez na mesma eleição ("plural voting") foi preservado até 1950. Apenas na eleição de 1950 o Reino Unido, pela primeira vez, satisfaz definições contemporâneas de uma democracia como um sistema político baseado em inclusão plena.

11 Por exemplo, Suécia, Nova Zelândia e Irlanda se aproximaram de uma democracia plena antes de 1945. Outras sociedades com acentuadas características democráticas como o Reino Unido e o Canadá, ainda preservaram privilégios eleitorais para os ricos (Reino Unido) ou leis excludentes para minorias étnicas selecionadas (Canadá). No Canadá, exclusão racial persistiu depois de 1945, embora em um nível bem menor do que nos Estados Unidos. Veja Mary Eberts, 'Women as Full Citizens: Addressing the Barriers of Gender and Race in Canadian Constitutional Development' in Irma Sulkunen, Seija-Leena Nevala-Nurmi and Pirjo Markkola (eds), *Suffrage, Gender and Citizenship – International Perspectives on Parliamentary Reforms* (Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2009), pp. 276-314.

12 Para perspectivas sociológicas disso veja Émile Durkheim, *Leçons de sociologie* (Paris: PUF, 1950); Thomas H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, introduced by Tom Bottomore (London: Pluto, 1992[1950]); Talcott Parsons, 'Full Citizenship for the Negro American? A Sociological Problem.' *Daedalus* 94(4) (1965): 1009-1054.

em direção à inclusão plena foi normalmente dirigido por um construto de cidadania nacional associado a normas internacionais.<sup>13</sup> Na maioria das sociedades, a mediação ou apaziguamento dos conflitos intra-grupos que tradicionalmente bloquearam a cidadania plena e igualitária foi executado não por acordos políticos/jurídicos nacionais, mas pelo reconhecimento governamental do direito internacional dos direitos humanos. O efeito igualitário de tais normas normalmente se deve aos fatos de que elas são indiferentes a gradações intra-sociais e de que elas rejeitaram as hierarquias que sustentaram democracias parciais. Como resultado, quase universalmente, o ideal de cidadania democrática *nacional* apenas tornou-se plenamente real sobre alicerces *transnacionais*, como resultado da crescente interpenetração entre instituições nacionais e normas internacionais (direitos) e da crescente implementação de construções legais globais (direitos).

## 1 DEMOCRACIA NACIONAL GLOBAL

A base transnacional da democracia nacional não é visível somente no fato de que normas internacionais sinalizam um compromisso com a democracia plenamente inclusiva. Como mencionado, a base transnacional da democracia é também evidente na arquitetura básica da democracia nacional, que tem sido tipicamente transformada por meio da associação entre instituições nacionais e ordens normativas internacionais. De fato, a promoção global dos direitos humanos, incluindo o direito à democracia, tende a conduzir à elaboração de um modelo de democracia bastante distinto, estimulando padrões de engajamento com o sistema político que desviam significativamente de modos de interação entre governo e sociedade que são utilizados convencionalmente para definir democracia e cidadania democrática. Devido ao fato de que são vinculadas a direitos globais, as instituições que compõem democracias nacionais agora executam suas funções sociais básicas de uma maneira não antecipada por teorias clássicas de democracia. Em outras palavras, a ideia de que existe um direito global à democracia tem evoluído como uma das partes de uma conjuntura normativa mais ampla. Adicionalmente, o direito à democracia situa-se, globalmente, ao lado de uma série de outros direitos dos quais não pode

---

13 Nomeadamente, no Reino Unido, a aprovação do “Representation of the People Act (1948)”, o arremate final da democracia britânica, coincidiu amplamente com o rascunho da declaração de Direitos humanos da ONU e entrou em vigência no ano em que a Convenção Europeia de Direitos Humanos foi redigida. Nos Estados Unidos, a ligação entre as normas da ONU e a introdução do “Civil Rights Act (1964)” e do “Voting Rights Act (1965)” é notória. Em relação a esse ponto, notavelmente no mesmo ano em que apoiaram o golpe militar no Brasil, os Estados Unidos deixaram de ser uma democracia com apartheid. Para entender o contexto veja Steven L.B. Jensen, *The Making of International Human Rights. The 1960s, Decolonization and the Reconstruction of Global Values* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016).

ser facilmente separado. Juntos, esses direitos têm criado uma forma de democracia que não existia antes da democracia ser apresentada como um direito, de maneira que o direito à democracia deve ser visto, estritamente, não como um direito à democracia, mas como um direito de viver sob um sistema político pré-construído pelo sistema de direitos global.

Devido especificamente a essa base transnacional, democracias contemporâneas têm evoluído por meio de um processo no qual, em algumas instâncias, elementos clássicos de democracia têm sido traduzidos em *equivalentes funcionais*: isso é, no qual funções essenciais clássicas de instituições democráticas – por exemplo, a geração de legitimidade, a produção e legitimação de legislação, a integração igualitária de atores sociais – têm sido atribuídas a procedimentos institucionais que não foram originalmente concebidos para cumprir essas responsabilidades. Essa conversão de funções democráticas básicas em equivalentes é largamente moldada pelo fato de que instituições nacionais democráticas são estreitamente conectadas a direitos globalmente construídos. Dessa forma, direitos globais atuam como vetores de equivalência, redirecionando funções democráticas por novas vias. Tais impactos advindos da interação entre instituições nacionais e direito global são fáceis de se identificar e indicam que muitas funções da democracia são agora executadas por meio de premissas significativamente contingentes.

Primeiro, por exemplo, um dos resultados da interação entre instituições nacionais e normas globais é que, em democracias formadas recentemente, órgãos judiciais têm adquirido bem mais proeminência e autoridade do que foi antevisto por modelos clássicos de democracia. Tipicamente, isso é um resultado do fato de que os órgãos de entes políticos nacionais que mais intrinsecamente interagem com fornecedores de normas posicionadas fora de sociedades nacionais, no domínio global, são os órgãos judiciais. À medida que normas internacionais adquirem um posicionamento mais elevado, como diretrizes para construção de normas em democracias nacionais, espera-se copiosamente que cortes domésticas assegurem a implementação doméstica de normas globais. Como resultado desse processo, cortes domésticas experimentam um aumento progressivo de influência. Em vários entes políticos, conseqüentemente, funções classicamente atreladas a instituições com poder legislativo têm sido internalizadas por órgãos judiciais.

Segundo, em consequência disso, o vínculo entre democracia nacional e sistema legal global indica que direitos estabelecidos no domínio legal global são frequentemente transmitidos a sociedades nacionais por órgãos

judiciais ou semi-judiciais globais e, então, eles passam por um processo de hiperenraizamento no direito doméstico. Esse processo apresenta uma série de variações. Em algumas sociedades, a proteção dada a direitos humanos globais é moderada por tradições legais nacionais. Em outras sociedades, direitos humanos globais podem adquirir imediatamente status constitucional no direito doméstico. Em outras sociedades, cortes nacionais podem seletivamente decidir quais normas institucionais têm autoridade constitucional em seu ordenamento jurídico.<sup>14</sup> No entanto, esse crescente vínculo entre direitos nacional e global perspassa a clássica divisão entre sociedades com ênfase monista ou dualista face ao direito internacionais. Na maioria dos entes políticos, cortes domésticas são efetivamente capazes de criar normas superiores por meio da integração do direito internacional dos direitos humanos.<sup>15</sup> Nesse sentido, mais uma vez, funções essenciais de produção de normas democráticas são transferidas de legislaturas eleitas para cortes. De fato, isso frequentemente pressupõe, ao menos de fato, que o exercício do *poder constituinte*, originalmente a primeira reserva de soberania popular nacional, é transferido de assembleias eleitas a judiciários, uma vez que cortes podem frequentemente criar não apenas legislação estatutária mas normas primárias superiores por meio da interação com definidores de normas globais.

Em consequência, na arquitetura mais ampla da democracia contemporânea, interações entre órgãos localizados em diferentes pontos do sistema legal global frequentemente substituem modos democráticos clássicos de agência. Como um dos resultados disso, na democracia contemporânea, normas – tanto estatutárias quanto constitucionais – podem ser produzidas e legitimadas por meio de atores que guardam uma relação de *equivalência funcional* com atores democráticos clássicos. Acima de tudo, instituições dentro do sistema global se tornam criadores primárias de direito, de maneira que o sistema legal gera equivalentes funcionais para agir no lugar de agentes tradicionalmente situados no sistema político. Essas transferências funcionais são mais consolidadas em entes políticos que são parte de sistemas regionais de proteção de direitos humanos. Notavelmente, órgãos judiciais adquirem uma maior força legislativa ou constituinte quando podem dar efeito a normas regionais de direitos humanos em casos domésticos. No entanto, cortes nacionais frequentemente extrapolam os limites de convenções regionais de direitos humanos e até de tratados ratificados por seus governos para extrair

14 Isso é exemplificado na crescente importância da doutrina do bloco de constitucionalidade em alguns estados da América Latina.

15 Veja, em anos iniciais, assimilação de direito internacional dos Direitos humanos no sistema legal (oficialmente profundamente monista) do Reino Unido em *Bugdaycay v Secretary of State for the Home Department and related appeals* - [1987] 1 All ER 940.

autoridade para suas decisões diretamente de princípios gerais de direito internacional.<sup>16</sup> Esse processo de transferência funcional é frequentemente resolvido por meio de formas de judicialização.<sup>17</sup> No entanto, formas de judicialização não vão muito longe para explicar isso. O que ocorre nesse processo é uma transformação profunda nas premissas básicas do direito e nos procedimentos básicos por meio do qual o direito é criado e ganha autoridade.

Terceiro, a crescente saliência do direito global tem como resultado distintivo para sistemas democráticos contemporâneos a reconfiguração e destilação da forma básica de cidadania nacional em equivalentes funcionais. Em modelos clássicos de democracia nacional, dois papéis formativos essenciais são atribuídos ao cidadão, ambos responsáveis por formar precondições essenciais para a solidificação da ordem democrática nacional. Primeiro, o cidadão foi construído como membro de uma comunidade nacional ou ao menos territorial distinta, para o qual certos direitos foram estabelecidos e garantidos legalmente por causa de sua afiliação a determinada nação. Segundo, o cidadão foi construído como um participante do processo legislativo, autorizado a desempenhar um papel ativo na formação de normas que obrigam todos cidadãos em suas vidas privada e pública.<sup>18</sup> Em relação a esses dois aspectos, o cidadão apareceu como a unidade central de atribuição na formação da democracia nacional e, tanto funcionalmente como normativamente, a democracia nacional não era possível sem cidadania.<sup>19</sup> Na primeira dimensão, o cidadão forneceu um alicerce legal para a integração de sociedades nacionais.<sup>20</sup> Na segunda dimensão, o cidadão forneceu um ponto de apoio político para a legitimação de legislação em sociedades nacionais: desde a era clássica da democracia, o cidadão tem sido definido como um agente participante da sociedade, que interage com instituições legislativas para criar e trazer legitimidade ao direito. Democracia clássica, então,

---

16 Para exemplos, veja o uso de tratados não ratificados no Quênia para criar direitos indígenas em *Rangal Lemeiguran and Others v. Attorney General and Others*, 2006 (H.C.K.)

17 Veja Alec Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2000); Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004).

18 Classicamente, Kaint defendeu que cidadãos (*Staatsbürger*) são os membros de uma sociedade particular – o estado – e eles são definidos pelo fato de que são “unificados pela legislação”: Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, in: *Werkausgabe*, edited by Wilhelm Weischedel, in 12 vols. (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977b [1797]), vol. 8, pp. 432-33.

19 Veja Charles Tilly, *Contention and Democracy in Europe, 1650-2000* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 8.

20 Dieter Gosewinkel, *Einbürgern und Ausschließen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland* (Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 2001).

pressupõe uma linha direta de comunicação política entre cidadãos agindo em sociedade e instituições legislativas e, por meio dessa linha de comunicação, legislaturas adquirem autoridade para aprovar leis e demandar cumprimento de leis.

No modelo de democracia conectado ao crescimento global de direitos humanos, no entanto, o cidadão tem sido reconfigurado, e alguns atributos clássicos de cidadania têm sido absorvidos em processos de uma natureza ampla de equivalência funcional, primariamente localizados dentro do sistema global. Em democracias modernas, cidadãos usualmente aparecem para seus sistemas políticos em dois papéis distintos e se comunicam com seus sistemas políticos por meio de duas linhas de interação separadas – ou *circuitos de comunicação* (no original em inglês, “communication loops”). De um lado, cidadãos ainda se comunicam com seus sistemas políticos por meio de procedimentos institucionais convencionais e transmitem impulsos direcionados a instituições políticas, primariamente aquelas com funções legislativas clássicas, por meio de eleições, participação em partidos políticos, interações na mídia, protestos e outras formas de organização política. O cidadão, então, permanece como foco de articulação dentro da sociedade entre o sistema político e os atores em seus ambientes sociais. Cada vez mais, no entanto, o cidadão também aparece para o sistema político como um titular de direitos construídos sob direito global e comunica-se com o sistema político como um membro não apenas de uma constituinte política nacional, mas também de uma ordem legal global.

Nessa segunda qualidade, importantemente, o cidadão é capaz de contornar processos normais de participação democrática exigidos para criação legislativa e agentes sociais são capazes de estimular a produção de direito em suas sociedades por meio da associação direta entre reivindicações sociais e normas que já estão consolidadas em um nível global, especialmente normas expressas como direitos humanos. Em muitos entes políticos, cidadãos são capazes de estimular atos legislativos por meio de práticas não identificadas sob os modos de participação e agência política usualmente característicos de cidadania e eles ajudam a criar normas por meio da formação de interações entre normas jurídicas domésticas e globais. Isso pode ocorrer por meio de processos de mobilização social, nos quais grupos sociais específicos tentam concretizar direitos globais em sociedades nacionais.<sup>21</sup> No entanto, isso pode ocorrer por meio de engajamentos mais singulares e localizados no sistema legal, especialmente por meio de atos de litigação (individual ou coletiva) que associa processos sociais

---

21 Veja *supra* nota 6.

intrínsecos a normas globais ou que buscam obter remédios para problemas domésticos por meio de referência a direitos definidos globalmente. Nessas instâncias, cidadãos são capazes de criar normas enquanto se dirigem ao sistema político nacional como titulares de direitos globais e impondo o reconhecimento de tais direitos no ordenamento jurídico nacional. Nessas instâncias, litigação fazendo referência a normas alocadas no sistema legal global pode aparecer como um equivalente funcional de formas participativas mais clássicas de cidadania e os resultados clássicos de práticas de cidadania (legislação) são acessados como atos de cidadãos. Cidadãos aparecem aqui não somente como um simples agente político, mas como um *litigante*, conectando a entidade política nacional ao sistema de normas globais por meio de litigação de direitos. Por meio desse padrão de equivalência funcional, a maioria dos sistemas políticos nacionais agora produzem legislação por meio de duas linhas de comunicação paralelas, sobrepostas, mas bastante distintas: ou seja, por meio de comunicação com cidadãos como agentes intra-sociais e por meio de comunicação com cidadãos como titulares de direitos globais.

Essa construção de cidadania ao redor de equivalentes funcionais é de importância vital para a realização da democracia na sociedade contemporânea. Em particular, essa construção tem sugerido que o cidadão democrático perde o foco exclusivo nos padrões de participação legislativa simples, verticais e novos campos de cidadania são abertos, de maneira que o cidadão se engaja em produção de direito por meio de múltiplas trocas. Por meio da conversão da cidadania em um grupo de equivalentes funcionais, a forma legal da sociedade é criada por uma variedade de diferentes atores, de maneira multicêntrica, e litigação focada em direitos globais torna-se uma fonte central de produção primária de normas e integração. Cidadania em si torna-se, então, um conjunto de práticas profundamente contingente.

Em um primeiro nível, no modelo de democracia baseado em equivalência, ao litigar por direitos, cidadãos adquirem a habilidade de expandir ou, mais ainda, de amplificar direitos que já estão incipientemente estabelecidos na ordem legal existente da sociedade. Exemplos disso são claros, historicamente, na construção dos direitos à igualdade, à privacidade, à dignidade, em que direitos primários existentes deram espaço, por meio de litigação, a sequências de direitos subsidiários ou corolários.<sup>22</sup> Nesses

<sup>22</sup> Nos Estados Unidos, direitos à privacidade (esses mesmos construídos por meio de decisões judiciais) têm sido expandidos para gerar direitos de escolha reprodutiva e autonomia sexual. Veja respectivamente *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Na Colômbia, direitos à saúde (esses mesmos construídos por meio de decisões judiciais) têm sido interpretados para incluir o direito

casos, atos de litigação têm ajudado a imprimir uma trama normativa sobre a sociedade, que se tornou mais responsiva a interesses de minorias e permitiu atores minoritários a se diferenciarem de processos majoritários de representação. Em um nível mais profundo, engajamento em litigação envolvendo direitos globais pode também significar que cidadãos adquirem a capacidade de usar direitos globais de formas mais constitutivas, de maneira que mobilização em torno de direitos – tanto singulares como coletivos – se torna uma fonte de direitos completamente novos. Exemplos disso são evidentes, mais recentemente, na esfera do direito à saúde e do direito de escolha sexual e reprodutiva, no qual direitos significativamente novos têm sido cristalizados.<sup>23</sup> Nesses casos, litigação tem tendido a imprimir uma forma de sociedade constitucional multicêntrica e a consolidar grupos de direitos em esferas sociais distintas, que não são sempre intimamente relacionadas.<sup>24</sup>

No modelo de democracia baseado em equivalência, mais importante, a litigação relacionada a direitos humanos globais é capaz de construir situações em que novos sujeitos legais adquirem visibilidade, de maneira que contestação de direitos em sociedade permite novos atores e coletividades a adquirir personalidade legal, levando à capacidade de gerar novas leis. O exemplo mais evidente desse padrão de construção de subjetividade na história recente é o caso de povos indígenas, em que instrumentos internacionais de direitos humanos têm habilitado certos grupos a exigir direitos distintos. De fato, tais instrumentos têm ganhado efeito além de comunidades indígenas e incentivam a emergência de uma gama de novos sujeitos legais, tanto sob a esfera do direito nacional quanto internacional.<sup>25</sup> No entanto, essa construção subjetiva também pode ser vista na emergência de novos grupos definidos por compartilharem questões relacionadas

---

de acesso a serviços médicos efetivos e de boa qualidade (T-760/08), ao contínuo tratamento por doença e direitos a um diagnóstico efetivo (T-361/14). Eventualmente, o direito à saúde mental foi também colocado sob proteção constitucional (T-010/16).

23 Por exemplo, a Corte Constitucional Colombiana tem autonomamente declarada que o direito à saúde é um direito fundamental em si e expandido esse direito ao declarar a existência de um direito de acesso a serviços médicos efetivos e de boa qualidade (T-760/08); um direito ao tratamento contínuo de doenças; um direito a um diagnóstico efetivo (T-361/14); e até um direito a saúde mental (T-010/16). Recentemente, no Reino Unido, as cortes têm incitado importantes revisões legais relacionadas a direitos reprodutivos de homens solteiros de orientação homossexual. Veja *Re Z (A Child)* (No 2) [2016] EWHC 1191 (Fam).

24 Veja reflexão teórica inicial sobre padrões similares de formação normativa em Rupert Scholz, *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung. Verfassungsprobleme um Tendenzschutz und innere Pressefreiheit* (Berlin: Duncker und Humblot, 1978).

25 Veja, por exemplo, a expansão de direitos indígenas para criar direitos para “comunidades tradicionais” genericamente definidas no direito brasileiro, notavelmente em Ação Civil Pública nº 3883-98.2012.4.01.3902.

a sexualidade, interesses reprodutivos, necessidades médicas e, ainda mais comumente, por serem membros de um mesmo ecossistema.<sup>26</sup> Em instâncias desse tipo, a forma material de cidadania emerge por meio do exercício de cidadania e atos de litigação dão visibilidade a novas afiliações legais/políticas e identidades, frequentemente vinculando processos legais nacionais a domínios do direito global. A esse respeito, novamente, a importância da equivalência funcional é especialmente evidente, uma vez que o sistema legal em si se torna a origem de normas primárias da sociedade e até mesmo do cidadão.

De maneira geral, a democracia contemporânea não pode ser facilmente entendida como uma ordem institucional na qual cidadãos, de maneira simplesmente vertical, canalizam seus desejos por meio de instituições políticas, especialmente instituições com funções legislativas. Em vez disso, a democracia contemporânea precisa ser vista como um sistema complexo de inclusão, com múltiplas articulações conectando o sistema político a atores sociais. Nesse sistema, o direito pode ser produzido a partir de diferentes pontos, e até a subjetividade legal/política básica de indivíduos aptos a criar direito não é sólida ou categoricamente definida. Nesse sistema, acima de tudo, muitas funções democráticas clássicas têm sido assumidas por atores formando equivalentes a cidadãos políticos clássicos, de maneira que funções de cidadania são alocadas a múltiplos atores e múltiplas formas de agência. Essa relação de equivalência é tipicamente construída à medida que agentes sociais acionam interações entre instituições legais nacionais e normas globais.

## 2 AS ANTINOMIAS DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Por conseguinte, se observado funcionalmente, o direito internacional tem nitidamente expandido a democracia como uma realidade global. Ainda, a forma comum de democracia contemporânea não tem decorrido diretamente do conteúdo de um direito pré-definido e prescrito. Ao contrário, a forma comum de democracia tem decorrido, contingencialmente, da ampla construção de um sistema global de direitos humanos. A verdadeira realidade da democracia tem emergido como um conjunto de práticas relacionadas a direitos, que não é necessariamente o mesmo que democracia. O direito internacional tem produzido uma variante distintiva de democracia, baseada em padrões complexos de divisão funcional de papéis que, contingentemente, decorre não de visões compartilhadas de

---

<sup>26</sup> Nesse último ponto, o direito colombiano agora estende personalidade legal até para rios, encontrando suporte construtivo no direito internacional. Veja T-080/15; T-622/16.

governança democrática porém – mais contingentemente – da construção baseada em direitos do direito global.

Independentemente de seus alicerces, pode-se perceber que esse novo modelo de democracia tem certas vantagens distintivas. De fato, em alguns aspectos, esse modelo evoluiu como parte de um processo de aprendizagem institucional que cria novas camadas de complexidade em instituições políticas e que, em certos aspectos, supera antinomias inerentes a modelos mais clássicos de democracia.

Os benefícios desse novo modelo de democracia podem ser observados mais claramente a partir de uma perspectiva histórico-funcional. É particular ao novo modelo de democracia a possibilidade de apanhar interesses de minorias na sociedade, que são frequentemente ofuscados por blocos dominantes de cidadãos, e dar suporte a atores e organizações submersos entre padrões majoritários de representação. Por essa razão, o modelo tem desempenhado um papel central em afastar a democracia do modelo dominante de *democracia parcial*, característica da democracia nacional. Em muitas sociedades, como mencionado, a erradicação de democracia parcial pode ser especificamente atribuída ao fato de que órgãos judiciais têm usado direito internacional para imprimir uma construção abrangente e inclusiva do cidadão em estruturas sociais nacionais.<sup>27</sup>

Simultaneamente, os benefícios do novo modelo de democracia podem ser vistos em uma perspectiva mais normativa/conceitual ou fundamentalmente teórica.

Tem sido amplamente discutido que a teoria clássica do estado constitucional contém uma antinomia central ou que tal teoria é comprometida com dois propósitos ou dois procedimentos de legitimação política, que são, ou que podem ser, mutualmente exclusivos e que contradições desestabilizadoras frequentemente ocorrem entre eles. De um lado, seguindo a teoria clássica, a função primária básica de uma constituição é estabelecer um conjunto de normas superiores dentro do estado, usualmente ligadas ao reconhecimento de direitos humanos básicos. Uma vez que essa parte da constituição é estabelecida, procedimentos para legislação e outros atos governamentais são vinculados por normas predeterminadas, de maneira que toda legislação reflete princípios superiores e valores (direitos) estabelecidos na constituição. Nessa

---

27 Casos emblemáticos de dessegregação nos Estados Unidos foram diretamente fundamentados pelo direito internacional. Veja *Henderson v. United States*, 339 U.S. 816 (1950); *Bolling v. Sharpe* 347 U.S. 497 (1954).

dimensão, a função da constituição é separar o estado do governo e assegurar que o estado não é desestabilizado ou monopolizado por agentes (singulares ou coletivos) momentaneamente ocupando posições de autoridade executiva ou legislativa. Por meio dessa função, ao definir o estado como um repositório de normas superiores e até supra-positivas, a constituição traz legitimidade ao estado e acentua a *distinção normativa essencial* entre estado e outras organizações existentes na sociedade. De outro lado, segundo a teoria clássica, uma constituição é concebida para garantir participação no exercício de funções governamentais e, acima de tudo, para garantir que a vontade do povo é implementada por meio de legislação, de maneira que o povo é integrado no sistema de governança como autor original de direito. Nessa dimensão, a função da constituição é preservar uma relação direta entre o estado e o povo, de maneira que o estado não se torne separado dos interesses populares existentes na sociedade. Por meio dessa função, ao projetar o estado como um decreto em andamento da vontade material do povo, a constituição traz legitimidade ao estado e *estende a força integrativa* do estado na sociedade. Como resultado, é tipicamente esperado que a constituição equilibre duas funções consideravelmente separadas e dois processos de legitimação consideravelmente distintos, um orientado em direção à consagração de normas superiores no estado e um orientado em direção à integração social por meio de engajamento participativo de atores sociais nas funções do estado.

Tipicamente, durante a vigência de uma constituição, uma dessas dimensões funcionais/legitimadoras irá assumir prevalência, frequentemente com implicações problemáticas para o estado como um todo. Ou seja, tipicamente *ou* os padrões de participação de massa (integração social) irão relegar a posição de normas superiores no estado, frequentemente conduzindo a um enfraquecimento do estado como sistema normativo, *ou* os órgãos com responsabilidade de interpretar normas superiores (distinção normativa) irão limitar o engajamento de cidadãos nos processos mais importantes de legislação, reduzindo a extensão em que normas são produzidas, de fato, por cidadãos. Exemplos do primeiro fenômeno são bastante comuns na Europa durante o período entre-guerras e na América Latina, onde constituições são marcadas por um profundo compromisso com participação popular e estados são visivelmente desestabilizados pelas dinâmicas de politicização desprendidas por essas constituições.<sup>28</sup> Exemplos

28 Na América Latina isso pode ser ligado ao fenômeno amplamente diagnosticado de hiperpoliticização. Veja contribuições em Henry A. Landsberger and Tim McDaniel, 'Hypermobilization in Chile, 1970-1973.' *World Politics* (1976) 28(4): 502-541; Douglas A. Chalmers, 'The Politicized State in Latin America' in James M. Malloy (ed), *Authoritarianism and Corporatism in Latin America* (Pittsburgh:

do segundo fenômeno são atualmente visíveis em algumas sociedades, sobretudo nas quais as funções legislativas do governo são notavelmente restringidas e nas quais a possibilidade de formas públicas de agência política moldar legislação ou mesmo normas constitucionais primárias é limitada.<sup>29</sup> Não é de se estranhar que alguns dos mais importantes escritores na história recente da teoria constitucional têm tentado demonstrar como essa antinomia no constitucionalismo, formulada como uma tensão entre direitos básicos e soberania popular, pode ser resolvida.<sup>30</sup>

De algumas maneiras, no entanto, esse problema teórico situado no centro do constitucionalismo democrático é, ao menos parcialmente, superado pela emergência de um novo modelo de constitucionalismo, delineado anteriormente, que converte certos elementos de democracia clássica em equivalentes funcionais. Nesse modelo, como mencionado, a dimensão constitucional de participação é dividida em dois canais de comunicação separados, um dos quais opera no sistema político por meio de funções clássicas ligadas ao sistema legal (especialmente via litigação vinculada a direitos humanos globais). Isso significa que, em paralelo a padrões mais comuns de engajamento eleitoral, o sistema político tem um segundo canal de engajamento participativo, por meio do qual ele mantém uma proximidade imediata com agentes na sociedade. Na verdade, o sistema político adquire um duplo alicerce na participação popular e gera dupla legitimidade na dimensão participativa de funções constitucionais. O segundo canal de participação, que opera no sistema político por meio do judiciário, é, no entanto, distintivo nesse modelo. Tal canal de participação é intrinsecamente estruturado em relação a direitos e age para intensificar a posição de direitos, parcialmente definidos no nível global dentro do contexto da sociedade nacional. Isso significa que, no segundo canal, padrões ativos de participação submetem-se a uma filtragem normativa antes de entrar no estado e, enquanto trazem legitimidade integrativa ao estado, constantemente aumentam a autoridade de normas hierarquicamente superiores dentro do sistema governamental. No segundo canal, o estado obtém ambas vantagens legitimadoras prometidas pela teoria constitucional clássica – integração por meio de participação e distinção por meio de formação de normas hierarquicamente superiores. Na verdade, contrariando a lógica do constitucionalismo clássico, no novo modelo de democracia, a participação serve para solidificar princípios

---

University of Pittsburgh Press, 1977), pp. 23-46; Guillermo O'Donnell, *Y a mí qué me importa? Notas sobre sociabilidad y política en Argentina y Brasil*, Kellogg Institute, Working Paper # 9 (1984), p. 37.

29 Veja discussão ampla em Simon Chesterman, *You, the people. The United Nations, Transitional Administration, and State-Building* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

30 HABERMAS, Jürgen. 'Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie' in Ulrich K. Preuß (ed), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen* (Frankfurt: Fischer, 1994), pp. 83-94.

hierarquicamente superiores no estado e as normas hierarquicamente superiores abrem múltiplas linhas de comunicação entre estado e sociedade: o sistema político adquire distinção normativa elevada e inclusão integrativa ampla ao mesmo tempo e por meio dos mesmos procedimentos. A contradição entre os princípios essenciais de forma constitucional é, então, diminuída; na verdade, no segundo canal de comunicação, esses princípios se tornam dialeticamente ligados e complementares.

É provável que esse padrão de democracia baseado em equivalência traga benefícios funcionais para o sistema político. Nesse modelo democrático, o fato de que uma linha de mobilização coletiva envolve uma articulação entre ações e normas (direitos) intra-sociais estabilizadas no nível global destila a agência política da sociedade em uma forma de participação distinta. É improvável que essa forma de participação distinta coloque uma pressão intensa ou desestabilizadora nos recursos normativos do governo. Por exemplo, à medida que instituições ligadas a governos nacionais engajem com cidadãos assentando reivindicações aos direitos globais, é improvável que tais direitos gerem processos de politicização coletiva incontroláveis na sociedade. Como tais direitos já existem na esfera do direito global como prerrogativas previamente formuladas, o reconhecimento de reivindicações por esses direitos podem usualmente acontecer em procedimentos simplificados, frequentemente individualizados e improváveis de taxar a estabilidade de instituições. Além disso, o fato de que referência ao direito global conduz a uma divisão da cidadania em personalidades distintas também previne tendências direcionadas à politicização societal massiva, inerente a formas mais clássicas de democracia. Adicionalmente, o parcelamento da cidadania ao redor de diferentes direitos globais significa que instituições estatais são expostas de maneira menos intensa a pressões voláteis. Como resultado, é sempre improvável que a concentração de engajamento político em volta de direitos que existem no direito global ira conduzir a uma perda de distinção normativa pelo estado. Como mencionado, uma vez que a mobilização participativa em torno de direitos tipicamente vincula o estado a uma ordem normativa preexistente, ela, de fato, aumenta a diferenciação normativa do estado em relação a outros atores sociais.<sup>31</sup>

### 3 AS NOVAS PRÉ-CONDIÇÕES DA DEMOCRACIA

Em geral, esse novo modelo de democracia é efetivo tanto funcionalmente, ao consolidar a democracia, e normativamente, ao suavizar as antinomias da democracia clássica. Em particular, o fato de que elementos centrais da

31 Paradigmática para isso é o caso da Colômbia, onde juízes da Corte Constitucional têm defendido que a litigação de *tutelas* pode ser utilizada simultaneamente para consolidar o impacto de normas internacionais na sociedade colombiana e para reforçar a autoridade efetiva do estado em relação a outros atores (SU-1150/00).

democracia clássica são traduzidos em equivalentes funcionais significa que as contradições típicas e as pressões sistêmicas da democracia clássica podem ser evitados. Para que os benefícios desse novo modelo sejam realizados, no entanto, certas precondições institucionais precisam ser preservadas para que se possa estabelecer e preservar o sistema de equivalência funcional.

Essas precondições são delineadas abaixo:

### **3 (I) LITIGAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Uma primeira precondição institucional do modelo de democracia baseado em equivalência funcional é que a constituição estatal contenha sólidas provisões para litigação constitucional, de maneira que cidadãos individuais possam facilmente engajar em comunicação direta relacionada a normas constitucionais. A existência de tais provisões dentro do sistema político significa que agentes individuais podem vincular reivindicações sociais diretamente à constituição e assegurar que essas reivindicações possam ser elaboradas em uma forma de participação que permite, simultaneamente, a ressonância de normas constitucionais na sociedade e o fortalecimento da primazia da constituição no estado.

### **3 (II) LITIGAÇÃO COLETIVA**

Uma segunda precondição institucional desse modelo de democracia é, tipicamente, que provisões para litigação ativa em bases constitucionais sejam amplas. De fato, esse modelo de democracia usualmente depende da garantia de fortalecimento de litigação ativa para atores coletivos engajados em apresentar petições de interesse público. Na maioria das configurações na qual agência judicial tem desempenhado um papel essencial na intensificação democrática, princípios de *locus standi* têm sido significativamente liberalizados.<sup>32</sup> Em particular, a autorização de uma capacidade para litigar ampla em litigações coletivas é uma precondição vital para a emergência de novos sujeitos legais e para a formação de novos direitos.

### **3 (III) PROEMINÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS**

É mais provável que esse modelo de democracia seja mais efetivo quando produza provisões consolidadas para a litigação constitucional e coletiva envolvendo especificamente e distintamente a direitos humanos.

---

32 Exemplos centrais são Índia, Colômbia e Quênia. A exceção chave é Alemanha, onde, apesar das tentativas de legalizar litigação de interesse público, legitimidade para realizar litigação coletiva ainda é muito limitada.

Primeiro, a litigação constitucional envolvendo direitos humanos intensifica a iminência de articulação entre litigantes e componentes essenciais da constituição nacional e tem uma propensão particular a intensificar a estrutura normativa essencial da constituição. Notavelmente, a litigação constitucional envolvendo direitos humanos é mais propensa a garantir que a litigação permaneça focada em questões constitucionais essenciais e a elevar o status de normas de natureza categoricamente pública. A litigação envolvendo direitos humanos é também mais propensa em comparação a outros tipos de litigação de direito público a gerar resultados que se estendem além de casos particulares, de maneira que atos de litigação assumem um impacto transversal ou até contagioso na sociedade, produzindo normas que se aplicam a outros casos ou outras esferas da prática.<sup>33</sup> Adicionalmente, como discutido, é tipicamente por meio de litigação envolvendo direitos humanos que novos padrões de formação subjetiva ocorrem; em muitas instâncias, novos processos de criação de subjetividade se cristalizam em torno de direitos; especialmente direitos que já possuem autoridade no domínio normativo global. A litigação constitucional envolvendo questões que são estritamente menos relacionadas a direitos humanos – por exemplo, litigação de questões procedurais ou questões de competência – é menos propensa a produzir resultados com um alcance normativo mais abrangente e a construir oportunidades amplas de participação para a definição de legislação. Adicionalmente, litigação de direito público que não é focada em questões comuns de proteção de direitos humanos é amplamente responsiva a interesses individuais bastante particulares e é mais suscetível a ser monopolizada por litigantes buscando defender motivos particulares privados. Para esse nível, o fato de que a litigação esteja concentrada em torno de reivindicações gerais de direitos usualmente significa que ela age como um equivalente funcional a qualificações de cidadania na dimensão eleitoral da democracia, garantindo que participação por meio de litigação reflita questões de vasto interesse público e que litigantes apareçam para o sistema político como atores públicos diferenciados.<sup>34</sup> O foco em litigação envolvendo direitos básicos

---

33 Na Colômbia, notoriamente, alguns resultados de casos relacionados a litigação de interesse público receberam *inter comunis status*, gerando, então, efetivamente legislação vigente. A mais notável instância é o caso T-025/04.

34 Isso pode ser visto como subdesenvolvido no Brasil, onde litigação constitucional não tem um foco extensivo em reivindicações diretamente ligadas a direitos básicos. Veja Alexandre Araújo Costa and Juliano Zaiden Benvindo, *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*, Working Paper at: [http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf), pp. 63, 72; Fabiana Luci Oliveira, 'Justice, Professionalism and Politics in the Exercise of Judicial Review by Brazil's Supreme Court.' *Brazilian Political Science Review* (2008) 3: 93-115; 105.

significa, então, que os resultados legislativos da litigação tenham uma substância geral e pública.<sup>35</sup>

Segundo, a litigação envolvendo direitos humanos é também propensa a ter uma ressonância estrutural mais ampla sobre a sociedade e a vincular o sistema político, de maneira integral e expandida, com indivíduos ocupando diferentes posições sociais. Notavelmente, evidências sugerem que a existência de provisões constitucionais para litigação de direitos humanos é especialmente efetiva em enraizar constituições em sociedades marcadas por uma estrutura social desigual – por exemplo, aquelas marcadas por relações inter-étnicas complexas ou por uma história de penetração democrática institucional fraca.<sup>36</sup> Esse benefício é sentido até em sociedades que não atingiram um estágio de democracia plena e, nesses instâncias, a litigação de direitos humanos frequentemente age para consolidar precondições institucionais que podem ultimamente facilitar uma democratização mais abrangente.<sup>37</sup>

### 3 (IV) ACESSO IGUALITÁRIO A CORTES

Naturalmente, esse novo modelo de democracia pressupõe que uma constituição nacional permita amplo acesso igualitário a cortes para todos atores sociais, tanto individualmente quanto coletivamente. Acesso a cortes, nesse respeito, não deve ser entendido meramente como uma forma de incluir o mero direito a um remédio efetivo, que tem se aproximado progressivamente do status de *jus cogens* global.<sup>38</sup> Acesso

---

35 Apoiando essa ideia veja Benedict Kingsbury, 'International Law as Inter-Public Law' in Henry R. Richardson and Melissa S. Williams (eds), *NOMOS XLIX: Moral Universalism and Pluralism* (New York: New York University Press, 2009), pp. 167-204.

36 Como exemplo, a constituição de 2010 do Quênia, criada em um contexto marcado por duradouras hostilidades inter-étnicas, contém provisões para litigação direta relacionada a direitos constitucionais. Classicamente, casos colombianos envolvendo *tutelas* têm ganhado importância estrutural em um ambiente social determinado historicamente por uma penetração estatal bastante fraca.

37 No sistema de democracia parcial da Rússia, litigação relacionada a Direitos humanos tem aumentado nas últimas décadas. Para os resultados desse processo em termos de construção e fortalecimento do estado veja Maria Smirnova and Chris Thornhill, 'A Sociological Approach to the Russian Constitution.' *Comparative Sociology* 15(6) (2016): 747-793.

38 Importantes declarações de princípios podem ser encontradas na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente nos casos em que a Corte impôs penas estritas contra estados restringindo acesso a cortes. Veja: IACtHR, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Mexico, Advisory Opinion, Advisory Opinion OC-18/03; *Judicial Guarantees in States of Emergency* (Arts. 27.2, 25 and 8 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-9/87, October 6 1987. Em um caso emblemático 'o direito de acesso à justiça' foi descrito como 'um imperativo de *jus cogens*': IACtHR, *Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia*. Judgment of January 31, 2006.

a cortes também implica que a liberdade de buscar remédios em bases constitucionais ou em bases de direitos humanos não é seletivamente protegida por atores ou organizações com posições privilegiadas na sociedade. A remoção de acesso seletivo ou formalmente privilegiado dos procedimentos de litigação constitucional é predisposta a reforçar a força legitimadora da litigação; essa remoção aumenta as oportunidades participativas criadas por litigação, intensifica o poder de litigação para elevar a autoridade de normas constitucionais e, visivelmente, fortalece o alcance integrativo do direito constitucional em diferentes domínios intra-sociais.<sup>39</sup> Nas instâncias em que acesso à obrigação é sujeito à filtração nos termos de privilégio organizacional, essa linha de comunicação será tipicamente corrompida. De fato, nas instâncias em que acesso igualitário amplo à litigação constitucional não é garantido, a função da litigação de intensificar estruturas democráticas irá ser facilmente compensada pelos interesses de atores privados. De maneira geral, provisões estritas são necessárias para evitar seletividade excessiva nos procedimentos que permitem às partes procurar litigação constitucional.

### 3 (V) VÍNCULO COM DIREITO INTERNACIONAL

É mais provável que os efeitos benéficos desse novo modelo de democracia sejam maiores se os processos de litigação constitucional em sociedades nacionais, por meio de cortes nacionais, estiverem intrinsecamente ligados ao direito internacional dos direitos humanos. Isso pode ocorrer por meio de muitos procedimentos diferentes e sistemas nacionais legais podem estar abertos ao direito global de diversas formas. Em alguns entes políticos que estão tecnicamente próximos ao direito global dos direitos humanos, cortes são capazes de estender o escopo de direitos nacionais para alinhá-los a direitos globais, mesmo quando isso, na superfície, é constitucionalmente problemático.<sup>40</sup> No entanto, nas instâncias em que sistemas legais nacionais estão posicionados em ordens regionais de proteção de direitos humanos e em que cortes nacionais são escrupulosas e fazem cumprir direitos extraídos do respectivo sistema regional, o litigante, mesmo quando situado dentro da sociedade nacional, é imediatamente transformado, simultaneamente, em um litigante sob direito global e, então, em um *cidadão mundial*. Nessas configurações, a litigação serve inevitavelmente para elevar

---

39 O uso de tutelas na Colômbia é novamente um bom exemplo. Importaneamente, tutelas têm amplo alcance geográfico e, em remotas regiões, foram uma linha de contato vital conectando cidadãos ao estado.

40 Veja exemplos na *supra* nota 22.

a força normativa da constituição, uma vez que liga a constituição nacional a direitos internacionais robustamente protegidos. Além disso, nas instâncias em que isso ocorre, a litigação é capaz de produzir um profundo impacto na estrutura legal da sociedade como um todo. De fato, é em configurações nas quais litigação consegue imediatamente articular direito nacional com direito global que a habilidade de gerar novos direitos e novos padrões de subjetividade política, inerentes a determinadas formas de litigação, se tornam mais evidentes.<sup>41</sup>

### 3(VI) SEPARAÇÃO DE DUAS DIMENSÕES DE ARTICULAÇÃO POLÍTICA

A análise acima deixa implícita a alegação de que é essencial para a nova forma de democracia que diferentes linhas de comunicação entre o sistema político e atores em diferentes partes da sociedade sejam mantidas essencialmente distintas e diferenciadas. Ou seja, o modelo pressupõe, de um lado, que cidadãos apareçam para o sistema político como portadores de interesses intra-sociais e como membros de constituintes intra-sociais, buscando diretamente traduzir tais interesses em atos singulares de legislação. No entanto, o modelo pressupõe, de outro lado, que, de maneira consideravelmente separada, pessoas apareçam para o sistema político como portadores de direitos globais e como agentes intimamente associados ao sistema de direito global, permitindo a direitos altamente generalizados penetrar imediatamente no direito nacional. A distinção entre essas linhas de articulação apresenta claros benefícios: o sistema político permanece sensível a diferentes tipos de reivindicação política, especialmente reivindicações ligadas a minorias; atores podem fomentar legislação por diferentes razões e em diferentes esferas sociais; a habilidade do sistema político de gerar direito como uma resposta a vários modos de fomento é protegida e reforçada.

Na verdade, é importante evitar purismo a esse respeito uma vez que inevitavelmente haverá alguma sobreposição entre essas distintas linhas de articulação. Idealmente, no entanto, provisões estritas são exigidas para assegurar que as duas linhas de comunicação não sejam monopolizadas pelos mesmos atores e que as mesmas questões não sejam introduzidas no sistema político por meio de ambos canais. Isso é melhor alcançado por meio de provisões que assegurem que seletividade na concessão de acesso a procedimentos de litigação constitucional

---

41 Veja o início da construção de direitos homoafetivos no Reino Unido desde *Smith and Grady v UK* (1999) 29 EHRR 493.

seja limitada. É provável que uma corrupção particular a esse modelo ocorra se venha à tona uma situação na qual atores que já possuem acesso seguro ao sistema político por meio de uma linha de comunicação obtenham acesso privilegiado ao sistema político por meio de outra linha diferente de comunicação. Um exemplo extremo disso pode ser uma situação na qual atores que já têm uma forte representação no circuito convencional (político) entre governo e sociedade sejam capazes de colonizar o segundo circuito (legal) entre governo e sociedade para afirmar reivindicações políticas.<sup>42</sup> Nesses casos, organizações com uma presença estável na linha política de comunicação podem ser capazes de instrumentalizar a linha legal de comunicação para ganhar uma influência expandida em decisões políticas, reinserindo, portanto, o circuito político por meio do canal legal de articulação. Nessas situações, é provável que a linha legal de trocas experimente intensa desestabilização, que interações judiciais se tornam politizadas e que os benefícios de cidadania legal em aumentar a distinção normativa e reforçar a inclusividade do sistema político como um todo sejam comprometidos. De fato, nessas situações há um perigo claro de que a distinção normativa do sistema político como um todo será erodido. Ademais, isso cria o risco de que a capacidade de articulações legais de ampliar a estrutura de inclusão na sociedade não produza efeito. A capacidade de trocas legais de intensificar a sensibilidade do sistema político a novos direitos constitucionais, frequentemente ligada a grupos sociais minoritários, será suspensa. De fato, isso ameaça que o grau de inclusão do sistema político esteja sujeito a uma maior limitação do que em sistemas que não têm uma ordem de direitos fortemente protegida, uma vez que atores privilegiados serão hábeis para dominar ambos canais de articulação, dando dupla proteção a interesses políticos já consolidados.

#### 4 O FUTURO DA DEMOCRACIA

Em síntese, a democracia nacional evoluiu como um sistema de inclusão generalizada, substituindo o sistema pluralístico, baseado em privilégios que caracterizou sociedades pré-modernas – sejam sociedades europeias, baseadas em hierarquias pessoais, ou sociedades não-europeias baseadas em autoridade colonial. O padrão de cidadania subjacente à democracia é orientado para garantir máximas inclusão igualitária e participação como princípios estruturais e legitimadores.

<sup>42</sup> Nos poderíamos identificar uma tendência nesse sentido no Brasil. Veja Carolina Arlota and Nuno Garoupa, 'Addressing Federal Conflicts: An Empirical Analysis of the Brazilian Supreme Court, 1988-2010.' *Review of Law and Economics* (2014)10(2): 137-168; 144.

Não obstante, democracias centradas somente na expressão nacional do poder legislativo não tiveram bom desempenho em relação a esses princípios legitimadores. Como outros padrões de democracia, no entanto, esse novo modelo permanece bastante frágil. Certamente, o risco inerente a toda democracia – de que interesses privados possam receber um status que anula as pretensões da democracia em si – é especialmente forte em sistemas democráticos nos quais o novo modelo democrático é parcialmente desenvolvido mas, ainda, não totalmente consolidado.

RECEBIDO EM: 13/10/2016

APROVADO EM: 07/04/2017

# RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO BRASILEIRO À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

*CIVIL STRICT LIABILITY OF THE BRAZILIAN STATE IN LIGHT OF LAW & ECONOMICS*

*Adriano Silva Soromenho*

*Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília -*

*UNICEUB*

*Advogado da União/SP*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Fundamentos da responsabilidade objetiva na visão jurídica tradicional; 2 A visão da Análise Econômica do Direito sobre responsabilidade civil: Contradições com o modelo brasileiro de responsabilidade objetiva do Estado; 2.1 A Fórmula de Hand e os fundamentos de Landes e Posner para a objetivação da responsabilidade civil; 2.2 Níveis eficientes de precaução e a estrutura de incentivos da norma de responsabilidade objetiva do Estado; 2.3 O princípio do *Cheapest Cost Avoider*;

3 Análise casuística da responsabilidade do Estado como ferramenta de maior eficiência do sistema; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O ordenamento jurídico brasileiro adota a regra da responsabilidade objetiva do Estado por danos provocados contra terceiros. A dispensa da prova da culpa nessa modalidade de responsabilização, embora facilite a reparação dos danos em favor dos lesados, tem transformado o Estado, muitas vezes, em um verdadeiro segurador universal. A doutrina tem manifestado perplexidades quanto ao aumento do número e do valor das indenizações impostas contra o Estado. No ensejo do debate, o presente trabalho demonstra a existência de graves incompatibilidades entre os fundamentos jurídicos e os fundamentos econômicos da regra da responsabilidade objetiva estatal, a começar pelos seus objetivos. Para a visão jurídica tradicional, a finalidade da Tort Law consiste na compensação dos danos sofridos pela vítima. Já para a Análise Econômica do Direito, o objetivo deve ser a redução dos custos sociais dos acidentes. Após revelar as incongruências entre as diferentes visões, o presente trabalho aponta sugestão para garantir um mínimo de eficiência à norma da responsabilidade civil do Estado brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tort Law. Responsabilidade Civil Objetiva do Estado. Visão Jurídica Tradicional. Análise Econômica do Direito. Princípio do Cheapest Cost Avoider.

**ABSTRACT:** The Brazilian legal system adopts the rule of strict liability of the State for damage caused to third parties. The waiver of proof of guilt in this modality of accountability, while facilitating the remediation on behalf of individuals, has transformed the state, often in a true universal insurance. The doctrine has expressed perplexity as to increase the number and amount of damages imposed against the State. This study shows that there are serious incompatibilities between the legal basis and the economic foundations of the rule of strict liability state, starting with its objectives. For the traditional legal view, the purpose of the Tort Law is the compensation for the damage suffered by the victim. As for the Economic Analysis of Law, the goal should be to reduce the social costs of accidents. After revealing the inconsistencies between different views, this paper points out suggestion for ensuring a minimum efficiency standard of liability of the Brazilian state.

**KEYWORDS:** Tort Law. Strict Liability of the State. Traditional Legal View. Economic Analysis of Law. Principle of Cheapest Cost Avoider.

## INTRODUÇÃO

O ordenamento constitucional brasileiro optou pela modalidade objetiva de responsabilidade extracontratual do Estado nos casos de danos provocados contra terceiros.

O parágrafo sexto, do artigo 37, da Constituição Federal, estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos devem responder objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. A norma assegura o direito de regresso do Poder Público contra os responsáveis, nos casos de dolo ou culpa.

O artigo 43 do Código Civil Brasileiro possui comando em igual sentido.

Essa espécie de responsabilização dispensa a comprovação da culpa do agente causador do dano, bastando para a sua configuração a existência de ação ou omissão, dano e nexo de causalidade entre um e outro.

É certo que a ausência de obrigatoriedade de comprovação da culpa na seara judicial torna mais ágil o processo de responsabilização do Estado nos casos de danos perpetrados contra os cidadãos em geral. Entretanto, o aumento da quantidade e dos valores das indenizações relativas às condenações impostas contra o Estado brasileiro com base nessa norma tem provocado reações ao modelo.

Em artigo provocador intitulado “Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União ‘seguradora universal’?”, Mendes<sup>1</sup> ironiza o comportamento de alguns juízes que, pensando estarem criando uma jurisprudência libertária, adotam uma “generosa hermenêutica” para condenarem a União a pagar vultosas indenizações a favor de segmentos historicamente privilegiados.

Com efeito, a ampliação sem parâmetros do alcance da norma da responsabilidade objetiva, apontada no artigo supracitado, demonstra distorções no exame dos seus elementos configuradores, mas revela também graves incompatibilidades entre os fundamentos jurídicos e os fundamentos econômicos da responsabilidade extracontratual do Estado adotada pelo constituinte.

---

1 MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”? *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

Para a visão jurídica tradicional, o objetivo do sistema legal de responsabilidade civil consiste, em linhas gerais, na compensação dos danos experimentados pelas vítimas. Por outro lado, para a Análise Econômica do Direito, a finalidade da Tort Law reside na redução dos custos sociais dos acidentes, ou seja, a redução da soma dos custos de precaução e reparação dos danos.

O presente trabalho visa a examinar as contradições existentes entre os fundamentos da responsabilidade objetiva estatal na ótica jurídica tradicional e na da Análise Econômica do Direito, destacando as suas incompatibilidades e a dissonância entre seus objetivos.

O artigo é composto, além desta introdução, de mais quatro capítulos. No capítulo 2, são apresentados os fundamentos da responsabilidade objetiva na visão jurídica tradicional. No capítulo 3, analisa-se a responsabilidade civil sob a ótica da Análise Econômica do Direito, cotejando as incompatibilidades com a norma da responsabilidade objetiva estatal. No capítulo 4, são apresentados argumentos a favor de uma análise casuística para a utilização da modalidade mais adequada de responsabilidade do Estado. Por fim, no capítulo 5, são tecidas as considerações finais a título de conclusão do trabalho.

## **1 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NA VISÃO JURÍDICA TRADICIONAL**

Durante muito tempo, a responsabilidade objetiva foi a regra no sistema de responsabilidade extracontratual do Direito Romano.

Tartuce<sup>2</sup>, aponta que a Lex Aquilia de Damno, aprovada no final do século III a.C., estabelecia que o causador do dano deveria ser punido conforme a pena de Talião, prevista na Lei das XII Tábuas.

Püschel<sup>3</sup> destaca que a responsabilidade civil, nessa época, possuía as funções de punição do culpado, vingança e indenização à vítima, reestabelecimento da ordem social e prevenção de comportamentos antisociais.

---

2 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 394.

3 PÜSCHEL, Flavia Portela. *Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o art. 927, § único do Código Civil*. *Revista Direito GV*, v.1, n.1, p. 91-107, maio 2005. Disponível em: <[http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV\\_01\\_p091\\_108.pdf](http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p091_108.pdf)>.

Ao contextualizar as diferentes modalidades de responsabilidade civil no tempo, Gonçalves<sup>4</sup> assinala que a responsabilidade objetiva dos primeiros tempos do direito romano não era fundada no risco, mas na ideia de vingança.

De acordo com Tartuce<sup>5</sup>, a experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva. Segundo o autor, a partir de então, a responsabilidade mediante culpa passou a ser a regra em todo o Direito Comparado, influenciando as codificações privadas modernas, como o Código Civil Francês de 1804, o Código Civil Brasileiro de 1916 e ainda o Código Civil Brasileiro de 2002.

A doutrina passou, então, a vislumbrar três funções precípuas da responsabilidade civil, quais sejam, a indenização da vítima, a distribuição dos danos entre os membros da sociedade e a prevenção de comportamentos antisociais.

A partir da segunda metade do século XX, a responsabilidade objetiva voltou à tona nos ordenamentos jurídicos mundo afora. No Brasil, diversas leis foram aprovadas prevendo a responsabilidade objetiva por danos causados a terceiros, como, por exemplo, o Código Civil de 1916; o Decreto nº 2.681 de 1912, dispendo sobre a responsabilidade por danos a passageiros e a proprietários marginais em estradas de ferro; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

No tocante à responsabilidade objetiva do Estado, foi consagrada no ordenamento brasileiro através da Constituição de 1946 (artigo 194), sendo que, todas as constituições brasileiras, de lá para cá, acolheram essa modalidade de responsabilidade extracontratual do Estado.

Segundo Püschel<sup>6</sup>, a questão da responsabilidade sem culpa, embora já houvesse sido tratada anteriormente, ganhou grande importância teórica e prática na Europa no final do século XIX, em virtude da relevância que adquiriram nessa época alguns problemas típicos das sociedades industrializadas, começando pelos acidentes de trabalho e envolvendo, posteriormente, os acidentes de trânsito e de consumo.

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. IV, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31.

5 *Ibidem.*, p. 394.

6 *Ibidem.*, p. 91-107.

Para a visão jurídica tradicional, o fundamento básico da responsabilidade objetiva está centrado na idéia do risco. Segundo a teoria do risco, os prejuízos causados por uma determinada atividade devem ser suportados por quem a controla ou dela extrai vantagem.

Gonçalves<sup>7</sup> indica que o surgimento da responsabilidade objetiva, como sistema autônomo, baseada no risco, teve início a partir de trabalhos na Itália, na Bélgica e em outros países, mas, segundo o autor, foi a partir do trabalho de juristas franceses, em especial, Saleilles, Josserand, Ripert, Demogue, Mazeaud e Savatier, que “a tese da responsabilidade objetiva encontrou seu mais propício campo doutrinário de expansão”.

Na França, Saleilles e Josserand são considerados os fundadores da teoria do risco, sendo certo que as suas obras influenciaram importantes mudanças na jurisprudência e na legislação francesas.

No Brasil, merece destaque a obra de Caio Mário da Silva Pereira<sup>8</sup> que desdobrou a teoria do risco em diversas subespécies, quais sejam: a teoria do risco integral, a teoria do risco-proveito, a teoria do risco profissional e a teoria do risco criado.

Pela teoria do risco integral, todo fato que provoque um dano deve resultar na responsabilização do agente, não havendo excludentes de responsabilização. Para a teoria do risco profissional, há dever de indenizar “quando o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado”. Dessa forma, a teoria do risco profissional sujeita o empregador a ressarcir danos resultantes de acidentes envolvendo seus empregados, no trabalho ou por ocasião dele. A teoria do risco-proveito baseia-se na idéia de que a responsabilidade deve ser imputada a quem retira proveito ou vantagem do fato causador do dano. Já para a teoria do risco criado, a responsabilidade pela reparação dos danos deve ser atribuída ao sujeito que cria o risco.

Gonçalves<sup>9</sup> destaca que a idéia do risco como fundamento para a responsabilidade objetiva aparece de forma clara na orientação feita por Miguel Reale<sup>10</sup> para elaboração do Projeto de Lei nº 634-B/75, que se

---

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23.

8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 522.

9 *Ibidem*, p. 33.

10 REALE, Miguel. Diretrizes gerais sobre o Projeto de Código Civil. In: *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 176-7.

transformou no Código Civil Brasileiro, conforme se extrai do trecho abaixo:

Pois bem, quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico – como o de transporte, ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos – implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa.

A doutrina majoritária apresenta como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado a teoria do risco administrativo.

Segundo Cavalieri Filho<sup>11</sup>, a teoria do risco, adaptada para a atividade pública, serviu como fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, resultando daí a teoria do risco administrativo. Segundo esta teoria, a Administração Pública, em decorrência de suas atividades normais ou anormais, acaba por gerar risco de danos à comunidade. O ônus da reparação desses danos não deve ser suportado por apenas alguns indivíduos, pois as atividades que os geraram foram exercidas em favor de todos. Dessa forma, a reparação deve recair sobre o Estado, como representante do todo, independente da culpa de seus agentes.

Para Cavalieri Filho<sup>12</sup>, essa teoria se apresenta como uma “forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública”.

Com efeito, de acordo com a teoria do risco administrativo, a intensa atuação da Administração Pública no dia-a-dia da sociedade enseja riscos aos administrados, não sendo justo que apenas alguns indivíduos arquem com eventuais prejuízos causados por essas atividades cuja prestação se dá em benefício de toda a coletividade.

Nesse sentido, Bandeira de Mello<sup>13</sup> observa que os danos causados pelo Estado resultam de comportamentos produzidos a título de desempenhar missões no interesse de toda a sociedade, não sendo equânime, portanto, que apenas alguns indivíduos arquem com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos.

11 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 252.

12 *Ibidem*, p. 252.

13 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 988.

Como visto, a teoria do risco administrativo que fornece os fundamentos da responsabilidade objetiva estatal tem como pilares o princípio da distribuição dos danos e o princípio da equidade.

Para Püschel<sup>14</sup>, a distribuição dos danos é uma das funções da responsabilidade civil, devendo a responsabilidade ser atribuída ao sujeito que se encontra em melhores condições para repartir o prejuízo, de modo que um número maior de pessoas o suporte e seja diminuído o fardo individual. Quanto à equidade, a autora assinala que se trata de princípio complementar de responsabilidade civil que atribui a responsabilidade a quem tem melhores condições de suportar o prejuízo do ponto de vista econômico.

Com efeito, para a visão jurídica tradicional, a responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, constitui um instrumento de distribuição de danos e equidade apto a garantir que os danos causados pelo Estado, decorrentes da prestação de atividades em proveito de todos, não recaia apenas sobre alguns indivíduos, mas sobre o representante do todo – o Estado, independente da culpa de seus agentes.

Importa ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se demonstra pacífica quanto à adoção da teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado<sup>15</sup>.

## **2 A VISÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTRADIÇÕES COM O MODELO BRASILEIRO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO**

Para Gico Júnior<sup>16</sup>, a Análise Econômica do Direito revela-se útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos.

Nesse sentido, a análise econômica das regras de responsabilidade extracontratual pode contribuir para tornar o sistema de Tort Law mais eficiente, dando aos autores de danos em potencial e vítimas em potencial os incentivos adequados para adotarem níveis ótimos de precaução.

14 PÜSCHEL, op. cit., p. 91-107.

15 Nesse sentido, RE 109615/RJ – Rio de Janeiro, Relator Min. Celso de Mello, 1ª Turma, Supremo Tribunal Federal. Julgado em 28.05.1996.

16 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *EALR*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan-jun, 2010.

Segundo Cooter e Ulen<sup>17</sup>, a responsabilidade civil, do ponto de vista econômico, consiste essencialmente em um instrumento de política pública empregado para internalizar externalidades decorrentes de altos custos de transação.

De acordo com esse raciocínio, quando os custos de transação são demasiadamente altos a impedir a cooperação entre os envolvidos, é necessária a instituição de regras alocando os custos dos danos. Daí o porquê da necessidade do direito da responsabilidade civil.

Para Cooter e Ulen<sup>18</sup>, o propósito do sistema de responsabilidade civil é levar os causadores de danos a internalizarem os custos do prejuízo causado, criando um incentivo para que potenciais causadores de dano invistam em segurança em um nível eficiente.

Do ponto de vista da Análise Econômica do Direito, o sistema de responsabilidade civil visa à minimização dos custos sociais dos acidentes, ou seja, a redução do resultado somado dos custos de precaução e de reparação de danos.

Dessa forma, para o jurista-economista, a adoção da regra de responsabilidade subjetiva, objetiva ou até mesmo a ausência de regra de responsabilidade vai depender da que melhor se ajustar ao objetivo de minimização dos custos sociais do acidente no caso concreto.

Nesse aspecto, tendo em vista que o presente trabalho propõe o estudo da responsabilidade objetiva do Estado, é relevante a apresentação dos fundamentos trazidos pela doutrina da Law & Economics para a adoção da regra da responsabilidade objetiva.

## **2.1 A FÓRMULA DE HAND E OS FUNDAMENTOS DE LANDES E POSNER PARA A OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Em 1947, o Juiz Learned Hand criou uma fórmula para estabelecer o parâmetro jurídico eficiente de precaução para analisar a configuração da conduta culposa em um caso envolvendo responsabilidade extracontratual.

---

17 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 310.

18 *Ibidem*, p. 310-311.

Tratava-se do caso *United States versus Carroll Towing Company*<sup>19</sup>, que discutia a responsabilidade por um acidente ocorrido na baía de Nova Iorque onde um pequeno barco transportador, denominado *Anna C*, de propriedade da empresa *Connors Company*, carregado com farinha de trigo, comprada pelo Governo dos Estados Unidos, afundou, tendo havido perdas totais do barco e do carregamento.

Foi apurado que, não obstante o *Anna C* estivesse adequadamente amarrado ao píer, o barco se soltou em razão de bruscos movimentos feitos por um rebocador denominado *Carroll*, pertencente à *Companhia Carroll Towing Company*, que tentava rebocar um barco transportador contíguo. Após soltar-se do cais no qual se encontrava amarrado, o barco *Anna C* veio a colidir com um cargueiro cuja hélice provocou danos em sua estrutura que redundaram no seu afundamento.

A *Connors Company*, empresa proprietária do *Anna C*, e o Governo dos Estados Unidos, processaram a *Carroll Towing Company*, companhia proprietária do rebocador, responsabilizando-a pelo afundamento.

Ao julgar a causa, o Juiz *Learned Hand* responsabilizou a *Carroll Towing Company* pelas despesas resultantes do desprendimento do *Anna C*, mas não por todas as despesas do afundamento, que foram repartidas em razão da configuração também da culpa da *Connors Company* por não ter mantido ao menos um tripulante no *Anna C*.

Ao fundamentar a sua decisão, o Juiz *Hand* entendeu que a obrigação do proprietário de evitar danos contra terceiros é função de três variáveis: 1) a probabilidade de o barco se soltar; 2) a gravidade dos danos causados, e; 3) o ônus das precauções adequadas.

Com efeito, considerando que *P* é a probabilidade do dano; *L*, o dano; e *B*, o ônus dos cuidados; haverá responsabilização, de acordo com a Fórmula de *Hand*, quando *B* for menor do que *L* multiplicado por *P* ( $B < P.L$ ).

Importa ressaltar que as variáveis utilizadas na Fórmula de *Hand* referem-se a valores marginais. Nesse sentido, *Cooter e Ulen*<sup>20</sup> afirmam que “para aplicar a regra de *Hand*, quem toma a decisão precisa saber se

---

19 *United States et al. v. Carrol Towing Co. Inc., et al.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947). *Tribunal de Recursos da Segunda Circunscrição dos Estados Unidos da América*. Julgado em 09/01/1947.

20 COOTER; ULEN, op. cit., p. 346.

um pouco mais de precaução custa mais ou menos do que a consequente redução nos custos esperados dos acidentes”.

Embora a regra de Hand tenha sido originariamente criada para aferir a existência de culpa dos envolvidos no acidente, a fórmula também pode servir como fundamento nos casos de responsabilidade sem culpa.

Nesse sentido, se as variáveis da probabilidade do dano e/ou dos custos do dano forem sabidamente altas em determinada atividade a ponto de invariavelmente superarem o ônus da precaução adequada, o autor do dano sempre será responsabilizado pelos prejuízos, pois o ônus de sua precaução sempre será inferior ao resultado da probabilidade do dano multiplicada pelo custo do dano.

Nesses casos, não se revela útil a perquirição *ex post* da culpa do autor do acidente, havendo espaço, portanto, para a instituição da regra da responsabilidade objetiva pelos prejuízos causados.

Para Landes e Posner<sup>21</sup>, há três fatores que permitem verificar se uma classe de atividades deve se submeter à regra da responsabilidade objetiva. O primeiro fator consiste nos “elevados danos esperados com os acidentes” (fator referente à variável L da fórmula de Hand). O segundo fator refere-se à “impraticabilidade de evitar acidentes mediante o exercício de elevada precaução” (fator referente à variável B, sempre inferior a  $L \times P$ , da Fórmula de Hand, já aludido acima). O terceiro fator refere-se à “inexequibilidade de reduzir os acidentes pela restrição ou realocação da atividade”. De acordo com este fator, a responsabilidade objetiva serviria como meio indutor de substituição ou eliminação da atividade, pois a internalização automática dos custos dos danos tornaria a atividade bem mais custosa.

Com efeito, segundo os critérios adotados por Posner e Landes, a responsabilidade objetiva deveria ser a regra para as atividades consideradas perigosas, mormente porque serviria como meio de controle dos níveis da atividade, induzindo a sua mudança, substituição de métodos ou até mesmo a eliminação.

A propósito, Posner<sup>22</sup> cita como atividades de risco passíveis de aplicação da responsabilidade objetiva, as lesões causadas pelo uso de

21 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia Law Review*, v. 15, 1981. p. 907-908.

22 POSNER, Richard. *Fronterias da Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 180.

explosivos na construção civil e na mineração, e por animais selvagens em zoológicos e em circos.

Os critérios adotados por Posner e Landes revelam que a adoção do sistema de responsabilidade objetiva visa, dentre outras finalidades, a desencorajar a exploração de atividades perigosas incentivando a redução do nível da atividade ou a substituição por outras menos arriscadas.

Posner<sup>23</sup> é claro ao afirmar que “a responsabilidade objetiva se aplica a fim de induzir os lesantes em potencial a considerarem a introdução de mudanças no caráter ou na intensidade de sua atividade”.

Os parâmetros utilizados por Posner e Landes para justificar a objetivação da responsabilidade civil extracontratual destoam da opção feita pelo constituinte na norma do artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal.

Ao se analisar a imensa gama de atividades de incumbência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios elencadas na Constituição Federal e em tantas outras normas federais, distritais, estaduais e municipais, observa-se que muitas delas não são perigosas a justificar a sujeição à regra da responsabilidade objetiva.

A título de exemplo, não se vislumbra na prestação dos serviços educacionais a cargo do Estado a presença de “elevados danos esperados com acidentes” ou a “impraticabilidade de evitar acidentes mediante o exercício de elevada precaução” a caracterizar atividade perigosa passível de responsabilização objetiva.

Além do fato de nem todas as atividades prestadas pelo Estado serem perigosas a justificar a sujeição à regra da responsabilidade objetiva, há outra contradição entre a norma da responsabilidade objetiva estatal e a visão econômica da Tort Law. Essa dissonância diz respeito ao fato de as atividades prestadas pelo Estado serem impostas por normas constitucionais e infraconstitucionais, não sendo dada ao Poder Público a possibilidade de deixar de prestá-las ou reduzir a sua prestação em vista do alto custo internalizado dos riscos.

A propósito, pode-se dizer que a Constituição Brasileira, ao prever em seu texto a regra da responsabilidade objetiva do Estado, e também

---

23 POSNER, op. cit., p. 12.

nele, uma gama imensa de serviços públicos, demonstra descompasso com os objetivos econômicos da responsabilidade objetiva.

Se o objetivo do constituinte era consolidar e ampliar as áreas de atuação do Estado, a adoção da norma da responsabilidade objetiva de modo generalizado para todas as atividades estatais orientou-se em sentido contrário, ao menos, sob a ótica econômica.

## 2.2 NÍVEIS EFICIENTES DE PRECAUÇÃO E A ESTRUTURA DE INCENTIVOS DA NORMA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

A prestação adequada das atividades pelo Estado brasileiro depende, na maior parte dos casos, não somente da adoção de medidas de precaução por parte do potencial autor dos danos (prestador da atividade), mas exige também o cuidado das vítimas em potencial, usuárias dos serviços.

Disso decorre outra grave inconsistência do sistema: a regra da responsabilidade objetiva estatal cria um problema de risco moral relativo ao comportamento dos usuários dos serviços, pois institui uma estrutura de incentivos para que somente o potencial autor do dano adote medidas de precaução, sendo a vítima indiferente a tomar ou não cuidados.

Isso ocorre porque a vítima, sofrendo o dano, terá a sua situação reestabelecida ao *status quo ante*, com a compensação integral dos seus prejuízos a cargo do autor.

Nesse sentido, Cooter e Ulen<sup>24</sup> afirmam que a regra da responsabilidade objetiva com indenização perfeita faz com que o autor do dano internalize os custos e benefícios marginais da precaução, o que lhe dá incentivos para tomar precauções eficientes. No entanto, segundo os autores, a regra não dá a vítima os incentivos para tomar medidas de cuidado.

Ressalte-se que as atividades que exigem precaução bilateral somente alcançam o nível ótimo de cuidado quando ambas as partes (autor e vítima) adotam as medidas adequadas, sendo insuficiente para a redução dos custos sociais dos acidentes a precaução tomada por somente uma das partes, ainda que em nível ótimo.

---

24 COOTER; ULEN, op. cit., p. 335.

Shavell<sup>25</sup> assevera que no contexto de acidentes bilaterais, os níveis ótimos de cuidado das partes refletem a sua possibilidade conjunta de redução dos riscos de acidentes e de seus gastos com prevenção.

Nesse contexto, a aplicação generalizada da regra de responsabilidade objetiva a todas as atividades prestadas pelo Estado Brasileiro colide com o objetivo econômico do sistema de responsabilidade civil, pois, ao induzir somente o potencial autor do dano a adotar medidas adequadas de precaução, afasta-se do nível ótimo de cuidado, criando o problema do risco moral e aumentando os custos sociais totais.

Por oportuno, é preciso reconhecer que a aplicação da excludente de responsabilidade pela culpa exclusiva da vítima, e a norma atenuante da indenização pela culpa concorrente prevista no artigo 945 do Código Civil<sup>26</sup> constituem importantes ferramentas para garantir alguma eficiência econômica nas decisões judiciais envolvendo a responsabilidade extracontratual do Estado.

Com efeito, ambas as regras configuram estruturas de incentivos mais adequadas para que as potenciais vítimas de acidentes adotem medidas de precaução pertinentes, inibindo o problema do risco moral e contribuindo no atingimento do nível ótimo de cuidado nas hipóteses de acidentes bilaterais.

### 2.3 O PRINCÍPIO DO CHEAPEST COST AVOIDER

Guido Calabresi<sup>27</sup>, em sua obra *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, defende que qualquer sistema de responsabilidade civil possui dois objetivos principais: “primeiro, ele deve ser justo ou equitativo; segundo, ele deve reduzir os custos de acidentes”.

De acordo com a classificação de Calabresi, os custos de acidentes dividem-se em três categorias: primários, secundários e terciários.

Os custos primários traduzem os danos diretos causados às vítimas. Os custos secundários dizem respeito aos custos sociais ou de terceiros

---

25 SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Foundation of Economic Analysis of Law. Cambridge, MA: Harvard University Press, May/2003. *Working Paper n° 9694 of The National Bureau of Economic Research*. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9694>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

26 Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

27 CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970. p. 24.

relativos à dispersão do risco, como, por exemplo, o seguro obrigatório de automóveis. Por fim, os custos terciários são os gastos administrativos para garantir a efetivação da reparação do dano, valendo citar como exemplo as despesas realizadas pelo Poder Judiciário para decidir os processos de responsabilidade civil.

Para alcançar o objetivo de minimizar os custos sociais dos acidentes, Calabresi sustenta que, nos casos em que qualquer das partes estiver em condições de evitar o acidente, os custos primários (reparação do dano) devem recair sobre a parte que poderia tê-lo evitado ao menor custo de precaução.

Trata-se do princípio do *cheapest cost avoider* que, segundo o autor<sup>28</sup> implica na “alocação dos custos de acidentes para aqueles atos ou atividades (ou combinação deles) que podem evitar acidentes a custos mais baixos”.

A idéia é que a instituição de uma regra fundada no *cheapest cost avoider* cria uma estrutura de incentivos para que os indivíduos aptos a adotarem medidas de precaução menos onerosas, tomem as providências nesse sentido, evitando a ocorrência de acidentes ao menor custo, sem a ocorrência de precaução em excesso.

A solução idealizada por Calabresi com o princípio do *cheapest cost avoider* compreende um modelo de responsabilização que prescinde tanto da presença da culpa quanto do risco para a sua configuração, alterando, inclusive, o modo de visualizar o nexo de causalidade de um dano.

De acordo com Bem-Shahar<sup>29</sup>, citado por Battesini (2011, p. 196), a análise da causalidade do acidente representa uma análise de custo-benefício, ou seja, de qual parte pode alterar seu comportamento ao menor custo e evitar o dano.

Como visto, a regra do *cheapest cost avoider* não se revela consonante com a norma da responsabilidade objetiva do Estado fundada no risco administrativo.

Com efeito, ao se imputar, aprioristicamente, ao Estado a responsabilidade pelos danos causados a terceiros em decorrência da

---

28 CALABRESI, op. cit., p. 135.

29 BEN-SHAHAR, Omri. Causation and Forseeability. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*, p. 644-668. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 2, Civil Law and Economics, p. 807.

prestação de suas atividades, olvida-se da possibilidade de se investigar no caso concreto qual das partes poderia ter se precavido ao menor custo.

Aliás, dentre a imensa gama de atividades prestadas pelo Estado brasileiro, não é difícil encontrar casos de acidentes que poderiam ter sido evitados com menor custo pelos usuários dos serviços, ou seja, pelas vítimas. Ainda assim, considerada a larga abrangência da norma do artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal, a responsabilidade recai sobre o Estado, havendo ressalva somente aos casos em que comprovada a culpa exclusiva da vítima.

Exemplo disso pode ser observado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>30</sup> que, aplicando a regra da responsabilidade objetiva, tem condenado o Estado ao pagamento de indenizações em virtude da ocorrência de atropelamentos de transeuntes por composições de trens em vias férreas mantidas por entidades públicas.

Ainda que em muitos casos tenha havido falhas na sinalização a cargo das administradoras, parece intuitivo que as vítimas poderiam adotar medidas de precaução e atenção mais simples e menos custosas do que as mantenedoras das vias férreas de modo a evitar os acidentes ao menor custo.

No entanto, a incidência generalizada da norma da responsabilidade objetiva colide com a aplicação de princípios com fundamentos econômicos como o do *cheapest cost avoider*, o que resulta em cada vez mais e maiores condenações decretadas em desfavor do Estado.

Ressalte-se que Calabresi<sup>31</sup> defende que um dos objetivos do sistema de responsabilidade civil consiste na sua justiça ou equidade, mas para o autor, esse objetivo não representa “um veto ou limitação do que pode ser feito para alcançar a redução de custos”.

Assim sendo, o autor deixa claro que a equidade do sistema não deve servir como instrumento a subverter o fundamento das normas de responsabilidade civil cuja pauta principal deve ser a redução dos custos sociais dos acidentes.

30 REsp 494183/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011; REsp 437195/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 493; e REsp 1210064/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 31/08/2012.

31 CALABRESI, op. cit., p. 24.

Nesse sentido, Calabresi<sup>32</sup> enfatiza que “além do requerimento de justiça, é axiomático que a principal função do direito dos acidentes seja reduzir a soma dos custos dos acidentes e dos custos de prevenção dos acidentes.”

Enfim, exemplos como os dos julgados acima referidos demonstram que a adoção da norma da responsabilidade objetiva do Estado caminha em sentido diverso aos objetivos econômicos de minimização dos custos sociais dos acidentes.

### **3 ANÁLISE CASUÍSTICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO COMO FERRAMENTA DE MAIOR EFICIÊNCIA DO SISTEMA**

Há, inegavelmente, diversos outros fatores não tratados no presente trabalho que, do ponto de vista econômico, podem justificar a opção pela modalidade objetiva da responsabilidade civil extracontratual. É o caso, por exemplo, da assimetria de informações, da aversão ao risco e da precaução exclusivamente unilateral.

Essa constatação ratifica a idéia de que normas estabelecendo de modo genérico a responsabilidade objetiva estatal orientam-se em sentido oposto aos fundamentos econômicos da responsabilidade civil.

Sob a ótica da Análise Econômica do Direito, a modalidade de responsabilidade civil do Estado deveria ser objeto de análise casuística, deixando ao órgão julgador a possibilidade de decidir, à luz das especificidades do caso concreto, especialmente no tocante à natureza da atividade, se o caso é de responsabilidade com ou sem culpa. Tal medida garantiria maior eficiência do sistema.

Nesse ponto, andou bem o Código Civil Brasileiro ao permitir, no âmbito das atividades privadas<sup>33</sup>, que os órgãos julgadores façam o enquadramento, mediante a análise do caso concreto, das atividades que implicam riscos aos direitos dos indivíduos às quais deverão se sujeitar à regra da responsabilidade objetiva.

---

<sup>32</sup> CALABRESI, op. cit., p. 26.

<sup>33</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

#### 4 CONCLUSÃO

O objetivo do sistema de responsabilidade civil, para a visão jurídica tradicional, consiste, fundamentalmente, na compensação dos danos sofridos pela vítima. Para a Análise Econômica do Direito, a finalidade da Tort Law deve ser a redução dos custos sociais dos acidentes, ou seja, a redução da soma dos custos de precaução e reparação dos danos.

Posner e Landes demonstram que a responsabilidade objetiva é mais apropriada para atividades consideradas perigosas de modo que a internalização dos custos serve para controlar o nível da atividade, induzir a sua substituição e/ou a eliminação dos métodos mais potencialmente danosos nelas empregados.

Esse posicionamento discrepa dos fundamentos da norma prevista no artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal relativa à responsabilidade objetiva estatal, afinal não são todas as atividades prestadas pelo Estado que são perigosas a ensejar a sujeição à regra da responsabilidade objetiva, mas apenas parte delas. Ademais, a prestação dessas atividades pelo Estado é imposta por normas constitucionais e infraconstitucionais, não sendo dada ao Poder Público a possibilidade de deixar de prestá-las ou reduzir a sua prestação em vista do alto custo internalizado dos riscos. Além disso, a adoção da norma da responsabilidade objetiva para atividades que exigem precaução bilateral demonstra-se ineficiente, pois o baixo cuidado tomado pela vítima impossibilita o atingimento do nível ótimo de precaução, criando o problema do risco moral no comportamento dos usuários dos serviços.

Já o princípio do *cheapest cost avoider* de Calabresi propõe que, nos casos em que qualquer das partes estiver em condições de evitar o acidente, os custos primários (reparação do dano) devem recair sobre a parte que poderia tê-lo evitado ao menor custo de precaução. A análise da causalidade transforma-se em uma análise de custo-benefício.

A norma da responsabilidade objetiva estatal apresenta incompatibilidades com o modelo do *cheapest cost avoider*. O ônus da reparação dos danos decorrentes de atividades prestadas pelo Estado brasileiro que poderiam ter sido evitados com menor custo pelas vítimas, acaba recaindo sobre o Estado em virtude da norma de objetivação da responsabilidade estatal.

O presente trabalho demonstrou que a adoção da norma da responsabilidade objetiva do Estado caminha, muitas vezes, em sentido diverso aos objetivos econômicos de minimização dos custos sociais dos acidentes. A fim de conferir maior eficiência ao sistema, convém deixar ao órgão julgador a possibilidade de decidir, à luz das especificidades do caso concreto, especialmente no tocante à natureza da atividade, a modalidade de responsabilização estatal que deve ser adotada.

## REFERÊNCIAS

- BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia*. Novos Horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: Editora LTR, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Código Civil, Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2014.
- CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *EALR*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. IV, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia Law Review*, v. 15, 1981.
- \_\_\_\_\_. Causation in Tort Law: an Economic Approach. *The Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 1, p. 109-134, jan. 1983.

\_\_\_\_\_. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União “seguradora universal”? *Revista Jurídica da Presidência da República, Brasília*, v. 2, n. 13, jun. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

POSNER, Richard. *Fronterias da Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PÜSCHEL, Flavia Portela. Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o art. 927, § único do Código Civil. *Revista Direito GV*, v.1, n.1. maio 2005. p. 91-107. Disponível em: <[http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV\\_01\\_p091\\_108.pdf](http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p091_108.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

SHAVELL, Steven. *Analysis of Accident Law*. Foundation of Economic Analysis of Law. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003. *Working Paper n. 9694 of National Bureau of Economic Research*. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9694>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RECEBIDO EM: 05/04/2017

APROVADO EM: 03/07/2017

# A LINGUAGEM, O DISCURSO JURÍDICO PENAL E A CORRUPÇÃO

*THE LANGUAGE, DISCOURSE PENAL AND CORRUPTION*

“A linguagem é o meio em que se realiza o acordo dos  
interlocutores e o entendimento sobre a coisa.”

GADAMER, Hans-Georg

*Ana Cristina Gomes*

*Doutoranda em Direito Penal pela Universidad de Salamanca, Escuela de*

*Doctorado “Estado de Derecho y Gobernaza Global*

*Mestre em Direito pela Unesp ”*

*Fernando Andrade Fernandes*

*Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-doutorado em*

*Direito Penal pela Universidad de Salamanca. Professor Assistente Doutor da*

*Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho campus de Franca*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A teoria da linguagem e o Direito; 1.1 Signo e significado; 1.2 A linguagem como instrumento de construção dogmática; 2 Comunicação e linguagem: o discurso jurídico penal; 2.1 A construção do discurso da Ciência conjunta do Direito penal; 2.2 Discurso jurídico penal e Dogmática Penal; 2.3 Discurso jurídico penal e criminologia; 2.4 Discurso jurídico penal e Política Criminal; 2.5 Discurso jurídico penal e Processo Penal; 3 A tradução dos comportamentos em tipos penais por meio da linguagem: o delito de corrupção; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** Por meio da sistematização do conhecimento é possível problematizar e a partir de então construir apontamentos reflexivos acerca da tipificação dos delitos de corrupção e de como tais delitos podem influenciar o ordenamento jurídico ante a busca de soluções que, algumas vezes, escapam da seara penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dogmática Penal. Política Criminal. Corrupção.

**ABSTRACT:** Through the systematization of knowledge it is possible to problematize and from then on construct reflective notes about the typification of corruption offenses and how such crimes can influence the legal order before the search for solutions that, sometimes, escape the penal field.

**KEYWORDS:** Criminal Dogmatics. Criminal Policy. Corruption.

## INTRODUÇÃO

A linguagem tem papel fundamental na construção do discurso jurídico, é por meio da linguagem que o Direito constrói seus enunciados. Por este motivo, a metodologia aqui empregada busca representar tal situação. Não só ante a escolha dos vocábulos que traduzem a normatização dos princípios e conceitos das Ciências Jurídico-Penais, mas também a representação jurídico-metodológica da opção legislativa na formulação dos preceitos normativos e a captura do referencial teórico que dá suporte dogmático à norma elaborada.

Captar a significação teórica é compreender as entrelinhas do discurso jurídico vigente, de modo a possibilitar, uma visão crítica construtiva. A considerar o objeto e a problemática que envolve o presente artigo, é necessário observar a construção dogmático penal do ponto de vista da elaboração do discurso jurídico e da linguagem, de modo a compreender não só o aporte teórico que embasa a opção jurídico-metodológica, mas também a relação entre os interlocutores da mensagem e próprio contexto político-econômico da sociedade que pretende traduzir.

Todo tipo penal surge a partir de um referencial que carrega em si apontamentos advindos da Criminologia, da Política Criminal, da Dogmática Penal, do Processo Penal e que por sua vez são construídos em conformidade com as matrizes constitucionais adotadas pelo ordenamento jurídico. Ao analisar o Preâmbulo da Constituição Federal brasileira de 1988, podemos observar quais valores nortearam o diploma constitucional, como foram traduzidos os discursos vigentes e como ganharam voz e sentido, como se transformaram em mensagens normativas endereçadas aos cidadãos brasileiros e às demais nações. É neste sentido que, a construção do tipo penal, alicerçado nas diretrizes constitucionais, demonstra qual a importância da mensagem encaminhada, a relevância da tutela penal e a necessidade da intervenção estatal.

Nos tipos penais que envolvem o delito de corrupção, assim como na maioria dos delitos, quanto mais a dogmática penal for precisa e clara, de modo a preencher todas as lacunas, maior a contribuição do Direito Penal para o enfrentamento da corrupção.

Por tais motivos, buscamos construir um raciocínio metodológico pautado na construção da Dogmática Penal de forma sistematizada, de modo a demonstrar a relação entre a Dogmática Penal, a Criminologia,

a Política Criminal e o Processo Penal e a diretriz constitucional que as norteiam e assim contribuir com a construção dogmática, ante a interpretação conjunta das Ciências Jurídico-Penais que tem por diretriz a norma constitucional.

## 1 A TEORIA DA LINGUAGEM E O DIREITO

A Teoria da Linguagem<sup>1</sup> ganha espaço dentro do Direito e, ainda mais, no campo das Ciências Jurídico-Penais, isso porque quando a norma penal pretende algo, tendo por fundamento o estudo da Criminologia e a aplicação da Política Criminal, a Dogmática Penal cuida em traduzir por meio da linguagem a conduta objeto da tipificação e seu significado dentro do universo Jurídico-Penal.

### 1.1 SIGNO E SIGNIFICADO

Signo e significado, a linguagem representa a expressão do desenvolvimento humano, bem como o da sociedade. A comunicação é o meio pelo qual não só os indivíduos se expressam e realizam seus anseios e potencialidades, mas também é o canal pelo qual a sociedade exterioriza as vontades do Estado e da coletividade.

---

1 Para melhor exemplificar: "A observação de que um mesmo termo possa significar algo completamente distinto, conforme o contexto em que é usado expresse uma realidade normativa ou factual, vai de par com a ideia de que a linguagem dos enunciados normativos - quer dizer, dos enunciados sobre o mundo das normas - tem de considerar-se, apoiando-nos aqui pontualmente na filosofia do último WITTGENSTEIN, como um 'jogo de linguagem' particular. O significado de uma palavra, diz-nos WITTGENSTEIN, não se lhe cola como uma propriedade estável, mas resulta em cada caso do seu uso em um determinado 'jogo-de-linguagem'. Para interpretar correctamente uma definição demonstrativa, devo saber de antemão 'que papel deve desempenhar realmente a palavra na Linguagem'. O papel dos termos num jogo-de-linguagem não é assim apreensível com o mero recurso a uma definição. E especialmente não se pode apreender o significado de um termo no contexto de um jogo-de-linguagem mediante a remissão para o seu significado num jogo-de-linguagem distinto. Em todo o caso, pode dizer-se que o papel de uma palavra 'corresponde' ao de uma outra - ou da própria - palavra noutro jogo-de-linguagem. Assim pode dizer-se, por exemplo, que a validade em sentido normativo exprime a efectividade da norma em sentido sociológico, mas não se podem interdefinir ambos os termos. Não se pode definir o dever ser - a vinculação do devedor à prestação e o poder de exigir do credor - mediante expressões do domínio do fáctico, como expectativa (de uma sanção) ou poder (mediante imposição), mesmo quando ambas as dimensões aparecem interligadas, uma vez que uma e outra não querem dizer a mesma coisa. Temos de ter assim em conta, de modo muito preciso, em que sentido é que se usa um termo, para que não se 'saia' de modo inconsciente de um jogo de linguagem, o que significa sempre uma confusão de conceitos". In: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.279.

O Direito<sup>2</sup> não está alheio a tal fenômeno<sup>3</sup>. Para que seja possível dar forma jurídica a um fato relevante<sup>4</sup>, é necessário que haja um canal, um meio de transmitir a mensagem jurídica fazendo com que o receptor, neste caso a sociedade e seus integrantes (cidadãos, pessoas jurídicas de direito privado ou público, entidades não-governamentais, órgãos estatais, enfim, todos os entes formadores de um Estado) recebam, captem, compreendam e exercitem (ativa ou passivamente, de forma mediata ou imediata) tais imperativos. Na maior parte das vezes, tal imperativo é transmitido na forma de uma norma escrita, porém as mensagens gráficas e gestuais, como no caso das placas sinalizadoras e nos gestos de um agente de trânsito respectivamente, também compõem o conjunto de normas e regramentos que possibilitam a concretização do Direito, seus princípios e fundamentos<sup>5</sup>.

Traduzir em palavras, ou signos linguísticos, as expectativas cognitivas juridicamente relevantes, ou seja, aquelas expectativas que se violadas podem gerar conflitos, desarrajos ou uma desarmonia social nada mais é que traduzir por meio da linguagem - e aqui tratamos da linguagem decodificada

- 
- 2 Também KELSEN busca na linguagem a tradução do Direito: "Uma teoria do Direito deve, antes de tudo, determinar conceitualmente o seu objeto. Para alcançar uma definição do Direito, é aconselhável primeiramente partir do uso da linguagem, quer dizer, determinar o significado que tem a palavra *Recht* (Direito) na língua alemã e as suas equivalentes nas outras línguas (*law*, *droit*, *diritto*, etc.). E lícito verificar se os fenômenos sociais que com esta palavra são designados apresentam características comuns através das quais possam ser distinguidos de outros fenômenos semelhantes, e se estas características são suficientemente significativas para servirem de elementos de um conceito do conhecimento científico sobre a sociedade. Desta indagação poderia perfeitamente resultar que, com a palavra *Recht* ("Direito") e as suas equivalentes de outras línguas, se designassem objetos tão diferentes que não pudessem ser abrangidos por qualquer conceito comum." In: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 21.
  - 3 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão e dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 102-112.
  - 4 Nas palavras de CHAVES CAMARGO: "Podemos, assim, afirmar, que o Direito é a ordem jurídica dirigente da estrutura social, onde são assegurados os valores capazes de fazê-la atingir o objetivo eleito, ou seja, o bem comum. Ou uma fórmula sintética: Direito é a ordem jurídica que, ao dirigir a estrutura social, assegura valores, objetivando o bem comum. Como ordem jurídica, o Direito estabelece o modo vivendi de determinado grupo social, permitindo o relacionamento tranquilo entre os homens." In: CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Discurso jurídico e direito penal*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo: 1983, fls.12.
  - 5 Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior: "[...] do ponto de vista estrutural, podemos dizer que, em síntese, em sua totalidade, normas jurídicas são expressões de expectativas contrafáticas, institucionalizadas e de conteúdo generalizável. Compõem-se, destarte, de mensagens, emissores e agentes receptores. As mensagens ocorrem em dois níveis: o da relação ou comedito e o do conteúdo ou relato." In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão e dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.115.

por meio de signos linguísticos dando assim origem aos vocábulos - tais expectativas, transformando-as expectativas normativas<sup>6</sup>.

Expressar ideias por meio de palavras, sinais gráficos que formam signos linguísticos carregados de significados, de maneira a dispô-las de forma ordenada afim de que representem uma forma e que tal forma represente um conteúdo<sup>7</sup> - não só no campo das Ciências Jurídicas, mas nas Ciências em geral - representa capturar por meio de palavras a representação do significado das coisas, emoldurar de maneira simbólica, representativa e inteligível raciocínios de modo a expressar um significado. Nas Ciências Jurídicas, tais disposições formam os postulados normativos, as palavras, a linguagem escrita neste caso, transmudam-se em normas, dando assim vida as ideias, aos raciocínios jurídicos.

Ocupar-se do estudo da linguagem no Direito, é entender como construir raciocínios lógico-jurídicos por meio da metodologia do Direito, ou seja, empregando o estudo das Ciências Jurídicas de forma que tais

---

6 Para KELSEN: "A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade - que não pode ser captada pelos sentidos - somente surge através desta operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal." In: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 3. Neste sentido FERRAZ JÚNIOR trabalha com a ideia de "expectativas normativas" manifestadas "por meio de normas" e continua: "Normas neste contexto, manifestam expectativas cuja a duração é estabilizada de modo contrafático, isto é, a generalização da expectativa independe do cumprimento ou descumprimento da ação empiricamente esperada." de modo que: "As estruturas sociais, portanto, são constituídas por uma combinatória de expectativas cognitivas e normativas, de modo a conferir durabilidade às relações sócias dinamicamente em formação." In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão e dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 104.

7 A ideia de conteúdo aqui não representa uma valoração subjetiva, mas sim um conjunto sistêmico capaz de transmudar-se em conceitos objetivos relacionados a realização individual e coletiva de forma harmônica, assim FERNANDES, citando Jorge de Figueiredo Dias: "o Direito Penal é 'um direito de tutela de bens jurídico-penais, isto é, afinal, de preservação das condições fundamentais da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade.'" E segue, "Assim sendo, não se trata de uma mera vivência harmônica em sociedade, mas sim de uma verdadeira "com vivência" harmônica, só ela apta a conduzir à viabilização da estrutura social." In: FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 56-57.

imperativos representem e possibilitem o livre desenvolvimento da pessoa humana e da sociedade como um todo<sup>8</sup>.

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes “Diferentemente de objetos cuja existência é empírica, material ou corpórea, normas não existem fora da linguagem”<sup>9</sup>, o que não significa dizer que apenas as palavras transmitem a ideia de normas, linguagem significa qualquer representação gestual, gráfica, sonora ou visual da linguagem, ou seja, o canal pelo qual se dá a transmissão da mensagem, o nexó entre a mensagem e o receptor. Ocorre que, em se tratando das Ciências Jurídicas, o canal de comunicação mais utilizado é a linguagem escrita, mais uma vez cabe a ressalva de que este não é o único mecanismo linguístico utilizado, apenas, enfatiza-se, o de maior utilização.

Também a Dogmática Jurídico Penal trava tal batalha. Criminalizar uma conduta, não significa apenas tornar uma ação humana em fato típico para a Ciência Jurídico Penal. Em primeiro lugar cumpre salientar que ação e imputação são conceitos distintos, para que haja imputação é necessária a existência de uma ação, porém tal ação deve possuir relevância no campo penal de forma a possibilitar a identidade de tal ação com a tipicidade da conduta, ou seja, a demonstração de que a conduta é típica onde os limites desta manifestação volitiva ou omissiva estejam emoldurados de forma abstrata, porém delimitada e precisa, sendo assim capaz de ser objeto de uma interpretação ante o caso concreto, momento em que se dá a imputação penal, só então temos uma ação típica, com sujeito(s) determinado(s) ou possivelmente determinado(s). Assim, temos que, a ação típica decorre da imputação, porém a ação ou o fato é uma conduta pré-existe, mas é a imputação que lhe torna típica.

## 1.2 A LINGUAGEM COMO INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA

A construção dogmática se dá por meio da linguagem, melhor dizendo, por meio da apreensão de fatos, condutas ou até mesmo possibilidades<sup>10</sup>

8 FERNANDES, op. cit, p.56.

9 LIMA LOPES, José Reinaldo. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34, 2004, p 28-29.

10 Um exemplo de possibilidades que podem se tornar objeto de tutela são os crimes de perigo abstrato, JAKOBS assim expõe: “nesses crimes de perigo abstrato, o tipo de comportamento se define como não permitido por si mesmo, é dizer, centralizadamente, sem atender a especialidades não centrais. Entretanto, o legislador nem sempre centraliza deste modo tão radical; ao contrário, também pode declarar o tipo de comportamento como não permitido sob algumas cautelas, exigindo assim que o comportamento deva mostrar idoneidade para causar dano ou pôr em perigo determinados bens um tipo conhecido no Direito penal do meio ambiente) ou deva conduzir inclusive a uma exposição de perigo concreto (como em alguns preceitos para a proteção da segurança no trânsito). Tais preceitos

em signos linguísticos logicamente ordenados, construindo assim um significado capaz de dar forma e conteúdo a linguagem<sup>11</sup>. Traduzir um conceito jurídico é apreender em palavras o conteúdo de tal conceito.

É possível elencar ao menos quatro critérios clássicos de interpretação dogmática jurídico-penal: interpretação gramatical<sup>12</sup>, interpretação histórica, interpretação sistemática e interpretação teleológica<sup>13</sup>. Tais critérios interpretativos partem sempre de uma premissa, a linguagem representativa da dogmática jurídico-penal traduzida pelo discurso jurídico-penal em análise<sup>14</sup>.

### A construção conceitual por meio da dogmática jurídico-penal também encontra lugar no campo da interpretação sociológica uma vez

somente parcialmente descentralizadores deixam nas mãos do indivíduo a verificação da idoneidade ou da exposição a perigo concreto, mas, ainda assim, também basta a idoneidade ou a exposição em perigo para a realização do tipo quando o autor julga descuidadamente que não se vai produzir um dano.” In: JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 34.

- 11 Nas palavras de LUHMANN: “Através de um ato de opção, geralmente não percebido como tal, as estruturas restringem o âmbito da possibilidade de opções. Em termos imediatos elas delimitam o optável. Elas transformam o indefinido em palpável, a ampliação em redução. Na medida em que a seleção é aplicada sobre ela mesma, a estrutura a duplica, potenciando-a. O melhor exemplo disso é a linguagem que, através de sua estrutura, ou seja, da seleção prévia de um ‘código’ dos significados possíveis, permite a escolha rápida, fluente e coerente da verbalização correspondente.” In: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 54.
- 12 Segundo LARENZ: o sentido literal a extrair do uso linguístico geral ou, sempre que ele exista, do uso linguístico especial da lei ou do uso linguístico jurídico geral, serve à interpretação, antes de mais, como uma primeira orientação, assinalando, por outro lado, enquanto sentido literal possível - quer seja segundo o uso linguístico de outrora, quer seja segundo o actual -, o limite da interpretação propriamente dita. Delimita, de certo modo, o campo em que se leva a cabo a ulterior actividade do intérprete.” In: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3e. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 456. Neste sentido, críticas podem surgir no tocante a limitação supostamente imposta aos direitos fundamentais pela interpretação feita por meio do teor literal das leis gerais, ao que o próprio LARENZ se propôs a responder: “Tem lugar, como diz o Tribunal Constitucional Federal (65), uma «interacção recíproca, no sentido de que as ‘leis gerais’, na verdade impõem, segundo o teor literal, barreiras ao direito fundamental; mas elas, por seu lado, têm que ser interpretadas com base no conhecimento do significado da estatuição valorativa desse direito fundamental do Estado liberal democrático, sendo assim também elas mesmas restringidas na sua acção delimitadora do direito fundamental»”. In *Ibid*, p. 484.
- 13 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Tradução José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.
- 14 Acerca do discurso jurídico, assim expõem Chaves Camargo: “O discurso jurídico, partindo da norma jurídica, como elemento básico, procura interpretá-la, adequando os fatos aos valores semânticos de seus termos, e o faz como força persuasiva, de modo a apresentar coerência e vinculação de seus termos. Ao explicar a norma jurídica, com sua força vinculante e persuasiva, não se faz simplesmente através de um encadeamento lógico ou em palavras eloquentes, mas numa adequação da experiência de vida aos valores eleitos pelo grupo social e integrados ao ordenamento jurídico”. In: CHAVES CAMARGO, Antonio Luiz. *Discurso jurídico e direito penal*. (Tese): São Paulo, 1983. p. 82-83.

que busca compreender as expectativas cognitivas de relevância jurídico-penal e assim traduzir tais expectativas cognitivas<sup>15</sup> em expectativas normativas, sem deixar de lado as fontes de interpretação jurídicas de que dispõe a dogmática jurídico-penal, vez que tais fontes devem ser aptas a decodificar a linguagem utilizada pela dogmática jurídico-penal, dando assim suporte para a efetivação prática dos conceitos dogmáticos penais.

Mas qual o critério utilizado para a escolha, ou melhor, qual o critério a ser considerado para a elevação do *status* das expectativas cognitivas em expectativas normativas? Uma das respostas possíveis, considerando aqui o ordenamento jurídico brasileiro, é a utilização dos preceitos constitucionais expresso de modo formal na Magna Carta constitucional<sup>16</sup>.

15 Acerca da diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas, assim esclarece LUHMANN: “Nesta acepção (inconvenção), a diferenciação entre o cognitivo e o normativo não é definida em termos semânticos ou pragmáticos nem referenciada aos sistemas afirmativos que as fundamentam ou a contradição entre afirmações informativas e diretivas – mas sim em termos funcionais, tendo em vista a solução de um determinado problema. Ela aponta para o tipo de absorção da antecipação dos desapontamentos sendo assim capaz de fornecer uma contribuição essencial para o esclarecimento dos mecanismos elementares de formação do direito. Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém a transgride.”, e continua: “Sendo assim, as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do ‘dever ser’ expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí então o sentido e a função do ‘dever ser’. Se bem que orientados em sentido contrafáticos, o sentido do dever ser não é menos fático de que o de ser. Toda expectativa é fática, seja na sua satisfação ou no seu desapontamento o fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. Ela é uma construção conceitual errônea, como no caso de querer contrapor ser humano e mulheres; uma manobra conceitual que neste caso é prejudicial às mulheres, e naquele ao dever ser. O oposto adequado ao normativismo não é o fático, mas sim o cognitivo. Só é possível optar-se coerentemente entre essas duas orientações com respeito ao tratamento de desapontamentos, e não entre o fático e o normativo.” In: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 56-57.

16 Neste sentido, FERNANDES expõe acerca dos limites demarcados pela Constituição frente ao Estado Democrático, de modo a assinalar os métodos de elevação do status das expectativas cognitivas, tornando as expectativas normativas: “Assim sendo, o aspecto democrático inerente ao modelo não se limita a consagração da soberania popular ou no fato de estar baseado na vontade do povo, ou mesmo nas circunstâncias de estar assente na participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais, exigindo-se mais: um *conceito material alargado* de democracia que, porém, é circunscrito pela Constituição, fora da qual nenhuma vontade pode prevalecer. O que se busca com vinculação ao aspecto democrático é a própria limitação do Estado, e do Direito que o regulamenta, no âmbito social e não para além dele, sendo necessária uma orientação deste último no sentido da missão social do *Sistema* como um todo, abandonando-se a técnica de estrutura-lo em um universo abstrato, a histórico e independente das realidades socio-culturais. Diga-se, para logo, que o problema da legitimação é uma questão que perpassa por todo o universo jurídico, devendo ser otimizada como ponto de confluência da legitimidade material com a legitimidade formal.” FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídicas-criminais. In *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 61.

É a partir deste referencial – o status constitucional dos princípios, conceitos e bens – que se estabelece o nexos capaz de transformar expectativas cognitivas em expectativas normativas. O referencial primário foi traçado pelo legislador constituinte que de certo modo também possui uma limitação. Em um primeiro momento pode-se questionar qual a influência ou a importância da escolha dos termos linguísticos utilizados pelo legislador constituinte no momento da elaboração dos preceitos constitucionais, entretanto, tal tarefa demonstra não só a ideologia política e social de tais conceitos, mas também, a preocupação com a interpretação dos mesmos. Quanto mais amplo, aberto for o conceito – por exemplo vida, liberdade, segurança –, maior relevância ganha a tarefa interpretativa<sup>17</sup>. A escolha das palavras que traduzem o bem digno de tutela constitucional e a escolha do status constitucional que ocupará (direitos sociais, fundamentais, norma programática) traduzem a opção legislativa e a relevância jurídica no ordenamento de forma a nortear a interpretação e a realização material do conceito formal.

A escolha dos signos linguísticos representados por palavras conduz a interpretação juntamente com o status constitucional atribuído ao bem tutelado. Entretanto, impossível prever todas as possibilidades de interpretações, bem como todos os conflitos que essas interpretações podem gerar. A capacidade interpretativa de cada ser humano não pode ser medida ou prevista, é fruto do conhecimento individual<sup>18</sup>, da construção dos saberes.

É por meio da transformação das expectativas cognitivas em expectativas normativas que chegamos ao que LUHMANN<sup>19</sup> chama de “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”, em outras palavras as normas.

17 Cf. SCHROEDER, Friedrich Christian; FALCONE, Andrés; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Fundamentos y dogmática penal*. Buenos Aires: AD HOC, 2013.

18 Acerca da possibilidade de controlar ou prever interpretações e possibilidades, assim expõe GADAMER, ao tratar da comunicação entre indivíduos, ilustrando de forma clara o que buscamos traduzir: “Costumamos dizer que ‘levamos’ uma conversação, mas a verdade é que, quanto mais autêntica é a conversação, menos possibilidades têm os interlocutores de ‘levá-la’ na direção que desejariam. De fato, a conversação autêntica não é nunca aquela que teríamos querido levar. Antes, em geral, seria até mais correto dizer que chegamos a uma conversação, quando não nos enveredamos nela. Como uma palavra puxa a outra, como a conversação dá voltas para lá e para cá, encontra seu curso e seu desenlace, tudo isso pode ter talvez alguma espécie de direção, mas nela os dialogantes são menos os que dirigem dos que os que são dirigidos. O que “saíra” de uma conversação ninguém pode saber por antecipação. O acordo ou o seu fracasso é como um acontecimento que tem lugar em nós mesmos. Por isso, podemos dizer que algo foi uma boa conversação, ou que os astros não foram favoráveis. São formas de expressar que a conversação tem seu próprio espírito e que a linguagem que nela discorre leva consigo sua própria verdade, isto é, ‘revela’ ou deixa aparecer algo que desde este momento é.” In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 559.

19 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 63.

## 2 COMUNICAÇÃO E LINGUAGEM DENTRO DO DISCURSO JURÍDICO PENAL

A partir da utilização da linguagem, cria-se o discurso e por meio dele se estabelece a comunicação. Etapas muito bem marcadas de um processo de conhecimento e formação. É neste ponto que deixamos de sistematizar o saber e passamos a problematizar o que já foi explanado.

### 2.1 A CONSTRUÇÃO DO DISCURSO A PARTIR DA CIÊNCIA CONJUNTA DIREITO PENAL

Para melhor compreender a proposta da temática é preciso, primeiramente, estabelecer a premissa da qual partimos, ou seja, a ideia de Ciência Conjunta do Direito Penal. Pensamento este que nasceu dos estudos de Franz Von Liszt<sup>20</sup> já no início do século XX, pois “*Foi ao tentar englobar este conjunto de disciplinas numa unidade coerente e harmoniosa que v. Liszt criou o designativo, que se tornaria justamente célebre de ‘ciência global (total, universal ou conjunta) do direito penal’.*”<sup>21</sup>

Deste modo torna-se evidente que a comunicação de todas as Ciências Penais – Dogmática Penal, Criminologia, Política Criminal e Processo Penal – deve funcionar como um organismo sistêmico, regido por uma mesma diretriz, ou seja, de forma a traduzir o discurso jurídico para que assim, mensagem e interlocutor possam dialogar. Estes interlocutores não são apenas os indivíduos e a sociedade de que fazem parte, mas também o próprio universo normativo construído.

Para que um diálogo se estabeleça entre duas pessoas, é necessário que as duas compreendam não só o idioma em que se dá a conversação, mas também o contexto em que a temática é abordada. Também assim, no que concerne as Ciências Jurídico Penais. Não é possível compreender, ou ao menos chegar a conclusões parciais, se nos colocamos a debater

---

20 “O pensamento lisztiano foi alvo de críticas em seu próprio tempo, mas não deixou de ser significativo progresso na compreensão do Direito penal como ciência. A preocupação de Liszt com o método de pesquisa jurídico-penal levou-o, certamente, à elaboração mais exata do causalismo: os fenômenos, os resultados – transformações do mundo exterior – devem ser explicados a partir das causas (que são também subjetivas). Isso não é pouco. O fato de que o causalismo tenha sido suplantado na doutrina penal não retira o mérito da sua preocupação com explicar o sistema da imputação, que até hoje causa controvérsia.” In: RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel de Oliveira. *Fundamentos de direito penal brasileiro*. Lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45.

21 FIGUEIREDO DIAS, Jorge; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 93.

os problemas de política carcerária sob o viés da Dogmática Penal, de maneira a relacionar os problemas de superlotação dos presídios e as más condições das instalações prisionais com o Direito Penal do ponto de vista normativo<sup>22</sup>. Do mesmo modo que, não se pode confundir Política Criminal com políticas de segurança.

Ocorre que, a violação do Direito Penal, ou seja, a manifestação material do fenômeno crime, tem como resultado, após a instauração do procedimento afeto ao Processo Penal, a condenação daquele que violou o preceito penal e, uma das consequências da imposição da sanção penal vem a ser o encarceramento, momento em que, entram em cena as instituições prisionais. Entretanto, o gerenciamento e a administração de tais instituições não fazem parte do campo de atuação do Direito Penal, mais precisamente, a Dogmática Penal.

Da mesma forma, pode ocorrer que em alguns casos, a Política Criminal guarde algum ponto de relação com as políticas de segurança, não porque seja este o seu papel, mas porque ao refletir os ideais constitucionais, dentre eles a proteção da segurança enquanto direito e garantia fundamental elencado no artigo 5º, caput da Constituição de 1988, os caminhos da Política Criminal acabam por cruzar com alguns interesses das políticas de segurança. Mas isso só ocorre, como já ressaltado, tendo em vista o discurso jurídico vigente pautado nos princípios constitucionais. Entretanto, não há que se confundir Política Criminal com políticas de segurança.

Para marcar os pontos relevantes das Ciências Jurídico-Penais, é necessário refletir sobre o discurso jurídico de modo a estabelecer a correlação entre tais Ciências e o contexto jurídico a que pertencem.

Em se tratando dos delitos de corrupção, tal construção possibilita um melhor entendimento de todo o contexto que envolve as opções legislativas, sejam elas políticas, econômicas, sociais ou históricas, de

---

22 É preciso abrir um parêntese para esclarecer que isso não significa dizer que as normas penais hoje estão em justa conformidade e representam assim a tradução dos princípios basilares do Direito Penal: subsidiariedade, fragmentariedade, proporcionalidade, intervenção mínima, *ultima ratio*. Em se tratando do campo teórico é preciso pontuar que a crítica ao ordenamento é sempre pertinente e necessária, assim como a revisão político-criminal e dogmática. Entretanto, trabalhamos no plano científico o que justifica o pressuposto apresentado. A desconstrução de equívocos normativos no campo da Política Criminal e da Dogmática Penal, como por exemplo, o excesso na utilização de prisões preventivas ou, no caso dos delitos econômicos, a desarrazoada utilização do instituto da delação premiada, carecem de estudos e revisões de modo a reestruturá-las e regulamentá-las em conformidade com os fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito ao qual pertencem

modo a refletir o cenário à que estão expostas as Ciências Jurídicas dentro do Estado Democrático de Direito.

## 2.2 DISCURSO JURÍDICO PENAL E DOGMÁTICA PENAL

A Dogmática Penal não se resume ao tipo penal. Ou melhor, o tipo penal não é apenas uma construção legislativa reduzida à forma de um imperativo capaz de descrever condutas por meio da utilização da linguagem centrando-se em verbos nucleares. O tipo penal é um juízo normativo valorativo, até mesmo porque, as Ciências Penais são referidas a valor<sup>23</sup>.

A construção do tipo penal revela o merecimento de pena que está intimamente relacionado à Dogmática Penal para a construção da ilicitude, enquanto que a necessidade de pena dá suporte a culpabilidade<sup>24</sup>. O tipo penal não é apenas a formalização do princípio da legalidade<sup>25</sup>, sem dúvida é uma das consequências, porém, o tipo penal revela também sua

---

23 Neste sentido: “Stratenwerth formula objeciones en contra de mi ‘tesis básica’. Ciertamente coincide conmigo en que en la Dogmática jurídico-penal se trata de ‘decisiones valorativas’ de acuerdo entonces con determinados principios ordenadores; pero opina que no se trata de decisiones específicamente político-criminales.” In: ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 109-110.

24 Segundo ROXIN: “La distinción entre injusto y culpabilidad es considerada con razón como una de las perspectivas materiales más importantes que ha logrado elaborar nuestra Ciencia del Derecho Penal en los últimos cien años. Además, la discusión sobre la delimitación y el contenido de ambas categorías del delito ha aportado algunos resultados que hoy pueden considerarse seguros, a saber: que no se puede dividir limpiamente injusto y culpabilidad en lo externo y lo interno, en elementos objetivos y subjetivos, como se hacía en el sistema «clásico» de Beling; que, en consecuencia, la culpabilidad no es una categoría descriptiva que, como compendio de todos los movimientos de la voluntad que se puedan hallar en la psique del autor, pudiera alcanzar su unidad en la homogeneidad del substrato material; y que, según esto, el sistema del delito no se puede basar en un concepto de culpabilidad «psicológico», sino valorativo («normativo»).” In: ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução de Muñoz Conde. Madri: Instituto Editorial Reus, 1981. p. 57. Acerca da culpabilidade como conceito normativo, assim disserta JAKOBS: “Esse (chamado) conceito normativo da culpabilidade é, em sua forma inicial, não mais do que uma mera ampliação da relação já estabelecida por Radbruch entre fato e reprovação jurídica (Radbruch: atitude anti-social; Frank: repreensividade), só que Frank renuncia à limitação o dolo e a negligência A repreensibilidade mesma permanece um conceito seletivo sem função própria. Isso só mudará com tentativas de compreender no conceito de culpabilidade o fundamento da pena. Dessa forma, Hegler trata de tornar produtivo o conceito, orientando-se na culpabilidade, pelo fato de que o autor foi ‘senhor’ de seu ato, mais precisamente do ato ‘em suas características próprias, segundo suas qualidades juridicamente significativa.” In: JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: del Rey, 2009. p. 679.

25 Segundo ROXIN: “Por tanto, la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del Código Penal) es una consecuencia del principio de legal.” In: ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Míguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997. p. 141.

carga material<sup>26</sup> vez que garante a liberdade individual e comunitária, possibilitando o livre desenvolvimento humano<sup>27</sup>.

A Dogmática Penal traduz o discurso jurídico penal por meio da opção legislativa quando da criação dos imperativos penais, de maneira a demonstrar a relevância dos bens jurídicos objeto de tutela frente a ofensividade e lesividade a que tais bens estão expostos justificando assim a preocupação legislativa para com os mesmos. É possível observar tal comportamento, por exemplo, no caso dos crimes de perigo abstrato, onde a tutela penal é antecipada para o momento da criação do risco. A simples exposição a perigo justifica a construção do tipo penal sinalizando assim a ilicitude da conduta.

É desta forma que o discurso jurídico transmuda-se em discurso jurídico penal por meio da Dogmática Penal revelando os valores estatais pautados no ordenamento constitucional que tem por objetivo a estabilidade (a não frustração das expectativas cognitivas) da harmonização da social e o desenvolvimento da sociedade.

Entretanto, nem sempre a técnica legislativa lança mão de todo o arcabouço teórico dogmático de que dispõe, permitindo assim imprecisões do ponto de vista teórico. Um bem pode possuir *status* constitucional sem que necessariamente possua *status* penal. Ocorre que o exercício da legislatura é também, como o juízo de decisão, um ato de vontade, vontade de quem detém poder para tanto<sup>28</sup>.

---

26 Celebre é a passagem de Orlando Gomes ao citar a frase de LACORDAIRE “entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta” In: GOMES, Orlando. *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 35.

27 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 74.

28 Segundo Kelsen: “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.” In: Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 249.

A tradução do discurso jurídico, fundado nos preceitos constitucionais, se dá no ordenamento jurídico penal, de modo primeiro, por meio da Dogmática Penal: tipificação, ilicitude, culpabilidade, caracterização dos elementos subjetivos e objetivos do tipo, dolo e culpa, de forma a descrever a relevância do desvalor da ação ante a ofensividade e lesividade da conduta. É neste momento que as expectativas cognitivas se transmudam em expectativas normativas, fundadas no preceito primário dos limites traçados pela Constituição.

A Constituição Federal pátria prevê em seu artigo 5º caput a inviolabilidade da vida, sendo este um dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Dada à relevância constitucional, o bem vida deve ser tutelado de forma ampla, sendo ele fundamental para o desenvolvimento do indivíduo enquanto cidadão e para o desenvolvimento da própria sociedade, vez que a vida é o pressuposto primeiro para a existência humana, não só de fato, mas também de direito<sup>29</sup>. O Direito Penal, tendo em vista a relevância do bem a ser tutelado, é chamado a atuar por meio da construção dogmática, delineando assim o tipo penal, a ilicitude, a culpabilidade, os elementos objetivos e subjetivos do tipo, o *modus operandi* e até mesmo as causa justificadoras excludentes de ilicitude. Assim, o bem vida não se encontra apenas tutelado pelo proibitivo penal “matar alguém”, mas também por meio da tipificação da lesão corporal, dos delitos contra a dignidade sexual, dos crimes infamantes, dos delitos de maus tratos e tortura. A opção dogmática revela a preocupação com o bem tutelado e a necessidade de tutela penal.

Desta forma a Dogmática Penal reflete o discurso jurídico penal vigente no ordenamento jurídico.

### 2.3 DISCURSO JURÍDICO PENAL E CRIMINOLOGIA

Antes de adentrar a questão proposta, a construção do discurso jurídico penal e a criminologia, cabe aqui uma ponderação. Por uma questão didática, presente no cotidiano do estudo do Direito, começamos nossos estudos pela Criminologia, porém, melhor seria entender o fenômeno criminológico, ou seja, o conceito de crime, para que então caminhar pelo campo da Criminologia<sup>30</sup>. De modo que, a opção metodológica adotada no

29 Cabe aqui um parêntese, dada a relevância da vida, podemos encontrar até mesmo no Código Civil disposições normativas acerca de sua tutela. O artigo 2º assim prescreve “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” O que significa dizer que, mesmo a possibilidade de vida possui relevância para o Direito, devendo ser tutelada.

30 Neste sentido GAROFALO: “Só quando o naturalista souber dizer-nos o que entende por *delicto* é que nos poderemos saber quem são os *delinquentes*.” In: GAROFALO, Rafaelle. *Criminologia*. Estudos sobre o delicto e a repressão penal. Tradução de Julio de Mattos. 4. ed. Lisboa: Livraria Classica Editora, 1925, p. 28.

desenvolvimento do trabalho não buscou dar enfoque ou relevância maior a esta ou aquela Ciência, pelo contrário, o método empregado opta em delinear um caminho, uma construção sistematizada do problema proposto.

A Criminologia tem como um de seus pressupostos o estudo daquele que será tocado pelo Direito Penal, ou seja, o delinquente, o autor do delito. De modo a investigar não só o próprio delinquente, mas também toda a sociedade e o contexto em que está inserido (social, político, econômico, histórico). É deste modo que a Criminologia busca construir seu discurso, ou seja, lançando mão de um leque de elementos externos capazes de contribuir ou mesmo construir a manifestação externa de uma conduta delitiva.

Já em seus primórdios, a Criminologia busca entender o fenômeno da criminalidade por meio do estudo da delinquente, tendo como ponto de partida a Biologia, a Antropologia, a Sociologia, a Psicologia de maneira a identificar elementos capazes de traduzir a ocorrência de comportamentos e condutas delinquentes, ou seja, condutas contrárias ao sistema normativo vigente e possuidoras de relevância penal ante a danosidade que impõem ao convívio social e a sociedade em si<sup>31</sup>.

Liszt afirma que “todo crime resulta do concurso de dois grupos de condições - de um lado, a natureza individual do delinquente, e, de outro, as relações exteriores, sociais, e especialmente as relações econômicas que o cercam”<sup>32</sup>, de modo a demonstrar que a Criminologia ocupa-se não só com o estudo do delinquente, mas também com os fatores exteriores capazes de produzir o resultado fenomenológico criminal.

O discurso assumido pela Criminologia procura então estabelecer uma interação entre o sujeito e o contexto que lhe cerca de modo a delinear não só a estrutura social e a construção da individualidade de cada sujeito, mas também de modo a analisar o contexto político-jurídico-econômico do fenômeno criminológico.

Não é possível construir conceitos ou teorias, em se tratando de Criminologia, sem que se analise o ordenamento jurídico em que essa se insere, assim como não há como de deixar de lado os elementos sociais, econômicos e políticos que influenciam tal ordenamento. A construção

31 “Para ter o caráter criminoso, não basta que uma ação seja cruel ou injusta, mas ainda que produza um mal à sociedade.” In: GAROFALO, Rafaelle. *Criminologia*. Estudos sobre o delito e a repressão penal. Tradução de Julio de Mattos. 4. ed. Lisboa: Livraria Classica Editora, 1925. p. 89.

32 LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hyginio Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. p. 107.

de tais conceitos ou teorias deve considerar todo discurso jurídico que se forma em volta do Estado, pois é aí que estará estampado os princípios e valores fundantes da Constituição desse Estado. É na Constituição que encontramos a maior parte da materialização das expectativas cognitivas, essas agora, vistas como expectativas normativas, de modo que, no que compete a Criminologia, os limites e as diretrizes para o estudo do fenômeno criminológico encontram-se expresso nos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição.

Mesmo possuindo forte relação com a Sociologia, a Criminologia mantém seu *status* jurídico de modo a observar tais limites. Todo fato, antes de possuir relevância jurídica, é um fato social, vez que sua existência se dá em meio à sociedade. Entretanto, a Criminologia apenas deve cuidar de fatos que possuem relevância jurídica, neste caso, relevância jurídico-penal. Seu campo de análise sempre estará relacionado ao discurso jurídico vigente, seja de forma crítica ou teórica, observando sempre a realidade que a rodeia – social, política, jurídica, econômica ou histórica.

## 2.4 DISCURSO JURÍDICO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

Percorrer o caminho da Política Criminal sem antes adentrar o campo da Dogmática Penal é também um risco, vez que, segundo LISZT “O direito penal é a barreira intransponível da política criminal”<sup>33</sup>, de modo que, após observar a construção dogmática e o fenômeno criminológico (Dogmática Penal e Criminologia), delineado está o campo de atuação da Política Criminal<sup>34</sup>.

De forma precisa Claus Roxin traduz o significado de Política Criminal como sendo a solução mais adequada ao caso concreto<sup>35</sup>, evidenciando assim que, a opção político-criminal encontra-se relacionada à Dogmática Penal de modo a revelar na norma secundária o potencial ofensivo da conduta.

33 Celebre é a passagem de Franz Von Liszt citada por Claus Roxin: “El Derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal”. In: ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 31.

34 “[...] numa aproximação conceitual a política criminal pode ser entendida como a projecção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social.” FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p.49.

35 Assim: “En la Política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho penal; mientras que al Derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del “Leviathan”, del Estado”. In: ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução Francisco de Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 32.

A opção político-criminal está atrelada à opção jurídico-metodológica legislativa de forma a revelar os aspectos preventivos (geral e especial) buscados pelo ordenamento jurídico por meio das sanções impostas e do tratamento processual penal expresso.

Ao observar a construção de um preceito normativo penal é possível identificar não só os limites de ofensividade traçados pela proteção do bem jurídico ante o merecimento de pena imposto pelo ordenamento jurídico penal, mas também a relevância de tais bens perante o tratamento político-criminal constante da norma secundária.

Cabe então ao legislador a tarefa de traduzir, por meio da Política Criminal, a relevância da conduta tipificada e o tratamento dispensado. De modo que, mais uma vez, os limites de tais enfrentamentos encontram-se expressos no discurso jurídico vigente tendo por alicerce a Constituição e os princípios e valores fundantes por ela então consagrados<sup>36</sup>.

A expressão político-criminal revela então a carga valorativa do preceito tipificado, respeitando assim os critérios de proporcionalidade e legalidade concernentes ao ordenamento jurídico. Como preceituado por Franz von Liszt, a Política Criminal não pode ultrapassar os limites delineados pela Dogmática Penal, observando assim os critérios impostos.

Os sistemas jurídicos se desenvolvem dentro dos contextos sociais, políticos, econômicos e históricos dos Estados a que pertencem, fenômenos estes que se encontram também em desenvolvimento, nada é estanque. O desenvolvimento de uma sociedade cria novos cenários, novos riscos e neste momento, no momento de criação de certas inseguranças, de certos conflitos, recorre-se ao Direito na busca de uma resposta, ao menos do ponto de vista formal, segura. Uma das respostas mais ágeis, não que signifique ser a mais eficiente ou adequada, é a criminalização de tais inseguranças, de tais riscos de modo que “A política criminal tende (então) a reduzir-se a uma ‘política de segurança’”<sup>37</sup>.

---

36 Neste sentido LISZT: “A política criminal exige, em geral, que a pena, como meio, seja adequada ao fim (§ 12), isto é, seja determinada quanto ao gênero e á medida segundo a natureza do delinquente, a quem inflige um mal (lesa nos seus bens jurídicos - a vida, a liberdade, a honra e o património) para impedir que no futuro elle commetta novos crimes. Nesta exigência encontra-se, de um lado, o seguro critério para a crítica do direito vigente, e, do outro lado, o ponto de partida para o desenvolvimento do programma da legislação futura.” In: LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hyginio Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, p. 113.

37 RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal – Novos e velhos desafios. In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 214

Observando o cenário legislativo pátrio é possível notar a dissonância entre o discurso jurídico penal no plano teórico e a metodologia legislativa adotada no que concerne a Política Criminal. No tocante aos delitos de corrupção, as propostas legislativas caminham no sentido do recrudescimento, seja no tocante a imposição de sanções mais elevadas ou mesmo no tratamento processual penal quanto à execução das penas propondo a elevação do *status* dos delitos de modo a torná-los hediondos<sup>38</sup>, demonstrando assim, a adoção de uma teoria de prevenção geral e especial negativa da pena, muito próxima à teoria retributiva.

## 2.5 DISCURSO JURÍDICO PENAL E PROCESSO PENAL

O Processo Penal é o instrumento de concretização não só da Dogmática Penal, mas também da Política Criminal. Deste modo, o Processo Penal<sup>39</sup> deve traduzir os ideais constitucionais, primando pelas garantias e direitos fundamentais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, paridade de armas, presunção de inocência, (aqui já caracterizado o *in dubio pro reo*), a licitude dos meios de provas, a individualização das penas, os princípios da legalidade, proporcionalidade, o duplo grau de jurisdição.

Todas estas garantias decorrem não de um excesso de garantismo, mas sim de um outro valor tutelado pela Constituição, a liberdade. É certo que cada cidadão abre mão de uma parcela de sua liberdade em face do Estado para que este possa atuar de forma a garantir o livre desenvolvimento individual e comunitário, porém, a liberdade nunca é relativizada, ela é sempre plena, de modo que, a persecução penal, por meio do Processo Penal, deve manter resguardada a individualidade de cada cidadão e assim sua própria liberdade.

A construção metodologia do Processo Penal busca traduzir não só a reconstrução de fatos e condutas<sup>40</sup> mas também demonstrar a necessidade

38 Segundo a Lei nº 8.072/90 as penas impostas aos crimes hediondos devem ser cumpridas, inicialmente, em regime fechado (art. 2, § 1º), sendo também insuscetíveis de anistia, graça ou indulto (art. 2º, I) ou fiança (art. 2º, II).

39 “O Direito Penal material e o Direito Processual Penal estão, em última instância, em mínima relação funcional (supra) e, por isso, um Direito Processual penal com todas as garantias do estado de Direito somente é possível com um Direito Penal material baseado nos mesmos princípios. Ao invés, um Direito Penal maciçamente incriminador e funcional pressupõe, igualmente, um processo penal baseado em estratégias de actuação maciça, ou seja, funcional.” In: FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 55-56.

40 “a verdade ‘material’ que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absolutos de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade de conhecimento humano; tanto mais que aqui intervêm, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro, quer porque se trata do conhecimento de acontecimentos passados, quer porque o juiz terá as mais das vezes de lançar mão de meios de prova que, por natureza – e é o que se passa sobretudo com a prova testemunhal, relativamente à qual a própria lei deixa de manifestar certa desconfiança (típico, p. ex., o art. 678º § 1º, do CPP) –, se revelam particularmente falíveis.” In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. v. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1981. p. 204.

de pena e da atuação do próprio Direito Penal enquanto Sistema Integral, expressando assim o discurso jurídico vigente de forma a traduzir os preceitos constitucionais.

Sendo o Processo Penal ciência integrante das Ciências Penais Integrais, seus pressupostos devem estar alinhados as demais ciências Criminologia, Política Criminal e Dogmática Penal e aos fundamentos constitucionais, refletindo assim o discurso jurídico vigente de forma a construir a ponte de ligação entre a Dogmática Penal e Política Criminal.

A busca pela funcionalidade<sup>41</sup> do Processo Penal é tema de grande relevância para a literatura jurídico penal, claro que tal funcionalidade causa efeitos não desejáveis ao sistema jurídico, como no caso o problema da prescrição ocasionado pela lenta tramitação dos processos ante as inúmeras possibilidades recursais garantidas pelo sistema processual penal, entretanto, tais possibilidades asseguram a observância dos preceitos constitucionais como a garantia do devido processo legal.

### **3 A TRADUÇÃO DOS COMPORTAMENTOS EM TIPOS PENAIS POR MEIO DA LINGUAGEM – CORRUPÇÃO**

Traduzir situações humanas por meio de palavras, enunciados, não é tarefa simples, nem mesmo na Literatura, onde a liberdade poética possibilita um campo de atuação sem par, tendo em vista a representação simbólica dos sentimentos e emoções humanas.

Entretanto, no campo jurídico, tal tarefa torna-se ainda mais árdua. A construção de preceitos capazes de traduzir para o campo normativo os bens dignos de tutela jurídica requer o conhecimento da Dogmática atrelado ao conhecimento da técnica legislativa, bem como o conhecimento de todo o sistema jurídico, de modo que não se construam preceitos conflitantes e até mesmo inconstitucionais.

Partindo desta premissa, no campo das Ciências Jurídico-Penais, é necessário a observância de todas as Ciências que fazem parte de seu universo de atuação, de modo a possibilitar uma maior precisão do ponto de vista teórico. A diretriz norteadora encontra-se na Constituição, onde estão expressos os princípios e garantias fundamentais de forma a traduzir os bens relevantes para o ordenamento e para a construção de

---

41 Cf. FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 54-67.

uma sociedade digna, livre e harmônica. De posse destas diretrizes, faz-se necessário observar o status ocupado por tais bens e, no caso do Direito Penal, sua missão e função<sup>42</sup>, bem como a necessidade de tutela penal e o merecimento de pena.

O Direito Penal pauta-se nos princípios da intervenção mínima<sup>43</sup>, subsidiariedade, fragmentariedade, proporcionalidade, sendo a *ultima ratio*<sup>44</sup>, garantindo assim a efetivação das garantias e direitos fundamentais

42 Para WELZEL é missão do Direito Penal: "Es misión de la ciencia del derecho penal desarrollar el contenido de esas reglas jurídicas en su trazadón interior, es decir, sistemáticamente, e interpretarlas. Como ciencia sistemática da el fundamento para una ecuánime y justa administración de justicia, ya que solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad. No solamente por eso, porque sirve a la administración de justicia, la ciencia del derecho penal es una ciencia "práctica", sino también, en un sentido más profundo, porque es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces llegan hasta los conceptos básicos de la filosofía práctica." E segue acerca de sua função: "*Es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad.* Toda acción humana, en lo bueno como en lo malo, está sujeta a dos aspectos distintos de valor. Por una parte, puede ser valorada según el resultado que alcanza (valor del resultado o valor material); por otra parte, independientemente del resultado que con la acción se obtenga, según el sentido de la actividad en sí misma (valor del acto).", In: WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte General.* Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 1-2. Em uma posição mais atual, RODRÍGUEZ: "O início do estudo do Direito penal deve passar pela busca da resposta a esta questão: qual é a sua função? Ou, em outras palavras: de que serve o Direito penal? Como quase sempre ocorrerá quando se trata de matérias humanas, a resposta a tal questionamento não é unívoca, ou seja, não tem sentido único. Diferentes autores, em distintas épocas, diverdirão acerca de qual deve ser a efetiva função do Direito penal. A primeira ideia, [...], é a de que detrás do Direito penal, repousa a necessidade de controle social. Quando o ser humano dispõe-se a viver em sociedade, deve submeter-se a regras de convivência, que podem ser menos ou mais rígidas, conforme a cultura e o momento que atravessa cada sociedade. Mas, em todas elas, existe um conjunto básico de paradigmas de comportamento, que, se desrespeitados, fazem insuportável a vida gregária." In: RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel de Oliveira. *Fundamentos de direito penal brasileiro.* Lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.

43 Sobre o princípio da intervenção mínima disserta BATISTA: "O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao interprete da lei, como um daqueles princípios inerentes a que se referia Cunha Luna, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático. Ao princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: a *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*. Esta última, por seu turno, introduz o debate sobre a autonomia do direito penal, sobre sua natureza *constitutiva* ou *sancionadora*." In: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 85. Cabe ressaltar que, neste texto, o autor trata a subsidiariedade e a fragmentariedade como características do Direito Penal derivadas do princípio da intervenção mínima e não princípios.

44 "Enquanto através do princípio da intervenção mínima se restringe a intervenção estatal de natureza penal às hipóteses de lesão a um bem jurídico relevante, a essa delimitação há de se acrescer a limitação da incidência penal somente quando ocorra o esgotamento de todas as outras formas de protecção não penais (civis, administrativas, entre outras). Afirma-se então que o direito penal deve ser a 'última ratio' do Sistema cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade." In: FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal.* Coimbra: Almedina, 2001. p. 106.

expresso na Constituição. A construção dogmática do tipo penal<sup>45</sup> deve atender tais pressupostos, sob pena de tornar-se ineficaz e ilegítima.

Uma Dogmática Penal capaz de refletir os valores fundantes do Estado Democrático de Direito deve pautar-se nos ideais constitucionais, de modo que a tradução das expectativas cognitivas em expectativas normativas respeitem os princípios inerentes do Direito Penal. No tocante aos delitos de corrupção, o problema se coloca na ordem do dia, ou seja, o contexto político-econômico não só no cenário nacional, mas também internacional, influenciam a presença de atores atípicos que de certa forma passam a exercer uma certa pressão no âmbito legislativo, o que acarreta não só um desvio da própria Dogmática Penal em si, mas também do próprio sistema jurídico vigente.

É certo que os delitos de corrupção representam uma ameaça ao livre desenvolvimento individual e comunitário, uma vez que maculam o ordenamento jurídico, atingindo as instituições do Estado Democrático de Direito, manipulando assim, toda a ordem social, jurídica, política e econômica. Porém, a criminalização nem sempre é a resposta mais adequada.

Um dos problemas está no juízo valorativo que se faz da corrupção, questão intimamente ligada ao problema da linguagem. Todo ato de corrupção guarda em si uma conduta ímproba e imoral, vez que, a corrupção – neste caso nos referimos à corrupção pública<sup>46</sup> – pressupõe uma violação

45 A premissa de que para que um bem se torne digno de tutela penal devem estar presentes a necessidade de tutela penal e o merecimento de pena, já aparece nos apontamentos de BELING: “Toda acción, por antijurídica y culpable que sea, se no se incluye em los tipos legalmente establecidos - lo atípico - para el jurista significa una acción no punible; y viceversa, acción típica significa acción digna de pena según la mediada de las penas correspondiente y conforme a las dem's disposiciones legales relativas a la punibilidad. Para el legislador, naturalmente, el acufamiento de las figuras delictivas no significa ningún juego de capricho. Por ese mediorealiza ua doble valoración: separa lo ilícito culpable para establecer si es tan culpable y antijurídico que deba o no ser punible y, por otra parte, establece una escala de valores, en el dominio de lo tipo. Las figuras de delito son cuadros normativos, tan normativos como la ilicitud y la culpabilidad en cuyo círculo se encuentran.” In: BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delicto. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires: Delpalma, 1944. p. 5.

46 Os delitos de corrupção nascem ligados a preceitos de orden pública, segundo CARRARA: “Il delitto che nelle nostre scuele chiamasi corruzione è quello che i romani dissero crimen repetundarum (1); che gl'ingesi chiamamo bribery; gli spagnoli cohecho, i portoghesi, peita, suborno corrupção, e che nello antico italiano chiamossi barataria (§2317) e barataria ad espresmere il baratto che si fa del denaro com la giustizia;e questo vocabolo corruzione si apodera quasi per antonomasia a designare che la essenza di questo malefizio sta nella corruzione morale del magistratto.” In: Carrara, Francesco. *Programma del corso dei diritto criminale*. v. V. 8. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, 1905. p. 116. No mesmo sentido, FRAGOSO, Claudio Heleno. *Lições de direito penal. Parte Especial*. v. II. 6. ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 426/428 e HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. IX, arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 362-370 e 426-428. Por tais razões, posicionamo-nos de modo a entender a então chamada corrupção privada como concorrência desleal, tipo penal já existente na Lei 9.279/96, art. 195, tendo em vista o significado publicista do vocábulo

de um dever público face o oferecimento, recebimento ou exigência de uma vantagem indevida. Entretanto, não é porque uma conduta se mostra imoral ou ímproba que a mesma pode ser considerada corrupta, tornando-se então objeto de tipificação.

Uma conduta pode ser contrária a moral sem que constitua em um ato de improbidade. Um funcionário público que durante seu expediente de trabalho deixe de se empenhar para o desenvolvimento dos trabalhos de modo a dar mais eficiência ao serviço público e que acabe por sobrecarregar os demais, mas que, mesmo assim, cumpra minimamente suas funções, sem dúvida pratica um ato imoral, mas não ímprobo, vez que não deixa de cumprir seu papel, apenas o torna mais lento. Mesmo que este funcionário, a se ver diante de alguém com quem possui relações de amizade e parentesco, venha a acelerar seu trabalho para que neste caso seus trabalhos surtam efeitos mais rápidos, não pratica ato capaz de configurar um delito de corrupção, não houve neste caso qualquer tipo de oferta, solicitação ou promessa de vantagem indevida para a prática ou não do ato de ofício.

Uma conduta ímproba também contém um juízo de imoralidade, vez que atinge um dos princípios da Administração Pública, a moralidade, entretanto, nem sempre tal conduta pode ser configurada como delito de corrupção. O exemplo mais claro é o do art. 9º, XI, da Lei 8.429/92 (Improbidade Administrativa), segundo tal artigo, incorre em improbidade administrativa aquele que: “incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”, de modo que, não há como imputar a alguém que pratique tal ato o delito de corrupção, vez que não houve qualquer solicitação, recebimento ou exigência de vantagem indevida para que este praticasse ou deixasse de praticar ato de ofício. A conduta apresenta-se imoral e ímproba, vez que causa um mal a Administração Pública, mas não pode, nessas condições, ser tida como corrupta.

Já os delitos de corrupção guardam em si a imoralidade e a improbidade da conduta, de forma que é certo dizer que, todos os delitos de corrupção contém em si imoralidade e improbidade, entretanto a recíproca não é verdadeira, pois a imoralidade e a improbidade então contidas nos delitos de corrupção sendo então integrantes da valoração normativa do delito.

---

corrupção, entendendo que o artigo 317 e 333 do Código Penal igualmente se aplicam aos particulares ou as empresas privadas quando autores dos delitos tipificados por tais normas incriminadoras ou, em sendo o caso, a imputação de improbidade administrativa ao particular que concorrer para a prática da mesma.

Chegamos então ao ponto crucial, onde a Dogmática Penal revela-se de suma importância na solução da problemática. Como já exposto, para que uma conduta seja digna de tutela penal faz-se necessário cumprir e observar todos os princípios informadores e fundamentadores do Direito Penal, bem como a observância da missão e função do Direito Penal, de modo que, condutas imorais ou ímprobas devem ser tratadas fora do âmbito Penal, sendo o Direito Administrativo ou o Direito Administrativo Sancionador, mais eficaz e útil para o cumprimento de tal empreitada.

Entender os caminhos da Dogmática Penal possibilita a construção de um discurso jurídico penal não só teórico, mas também prático, de modo a atribuir ao Direito Penal e as Ciências Jurídico-Penais o seu real papel, a *ultima ratio*, preocupando-se não só do Direito Penal material com o fenômeno do crime, mas também o Direito Processual Penal, concentrando assim suas energias nos fatos que realmente possuem relevância penal e carecedores de tutela penal.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importa dizer que, a construção de uma Dogmática Penal pensada a partir do discurso jurídico vigente no ordenamento pátrio possui o condão de construir, de modo conjunto e coerente, um sistema capaz de responder, de modo jurídico, o problema jurídico apresentado. Sempre bom ressaltar que o Direito só é capaz de dar respostas jurídicas, por este motivo, problemas que não possuem características jurídicas não são solucionadas pelo Direito.

Quando pensamos no tipo penal corrupção, procuramos demonstrar como uma conduta humana pode se subsumir a um tipo penal, neste caso, o ilícito em questão é a corrupção. Porém não qualificamos a conduta quanto a origem, ou seja, como foi praticada ou por quem, ou quanto aos motivos, este nem é o papel do Direito Penal. Ao Direito Penal importa que a norma penal não seja violada vez que ela é instrumento de tutela aos bens jurídicos essenciais ao livre desenvolvimento individual e comunitário dos indivíduos dentro da sociedade, bens esses que devem ser garantidos pelo Estado e por isso estão tutelados pela Constituição – vida, liberdade, segurança, igualdade, propriedade. Porém, essa subsunção não se dá de modo simples, é preciso que os escalões do delito sejam preenchidos (ação típica, ilícita e culpável), não só de modo formal, mas também material acompanhado da necessidade de tutela penal e o merecimento de pena de modo que essa junção de elementos possa traduzir o real sentido da Política Criminal adotada pelo ordenamento jurídico ante as diretrizes constitucionais vigentes.

É comum que se busque no Direito, e ainda mais, no Direito Penal, soluções para problemas de cunho social, econômico, político, cultural. Se assim for, as soluções nunca serão encontradas e uma vez mais se atribuirá ao Direito a falha em solucionar conflitos de tal magnitude. Entretanto, em situações assim, obviamente o Direito falhará vez que o objeto não lhe pertence de modo específico. Do mesmo modo falha o Direito Penal toda vez que é a ele atribuído situações que escapam de seu âmbito de atuação. Vale sempre lembrar que ele é a *ultima ratio* e, por sua característica marcante, o *jus puniendi*, é preciso garantir àquele a que será imposto o Direito Penal todas as garantias necessárias e expressas na Constituição Federal de 1988, sob pena de invalidade e ilegalidade dos atos praticados pelo Estado em sua ação persecutória.

E é por meio da comunicação, da linguagem e da tradução do discurso jurídico vigente que se dá corpo e forma a construção Dogmática da Política Criminal adotada pelo ordenamento jurídico, é preciso que as normas comuniquem o desvalor, a necessidade de estabilização das normas, a relevância das normas para o ordenamento, para o Estado, suas instituições e para a sociedade, a fim de possibilitar o livre desenvolvimento humano, social, econômico e político, do mesmo modo, é necessário que os receptores da mensagem comunicada (Estado, instituições, agentes públicos e políticos, sociedade civil, corporações empresarias) estejam aptos a compreender o significado da mensagem.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. La doctrina del delicto. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires: Delpalma, 1944.

Carrara, Francesco. *Programma del corso dei diritto criminale*. v. V, 8. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, 1905.

CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Discurso jurídico e direito penal*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo: 1983.

FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais *in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Técnica, decisão e dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito processual penal*. v. I, Coimbra: Coimbra, 1981.

FRAGOSO, Claudio Heleno. *Lições de direito penal*. Parte Especial. v. II, 6. ed. Revisada e atualizada Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAROFALO, Rafaelle. *Criminologia*. Estudos sobre o delicto e a repressão penal. Tradução de Julio de Mattos. 4. ed. Lisboa: Livraria Classica, 1925.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. IX, arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: del Rey, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA LOPES, José Reinaldo. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34, 2004.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hyginio Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal – Novos e velhos desafios. In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel de Oliveira. *Fundamentos de direito penal brasileiro*. Lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução de Muñoz Conde. Madri: Instituto Editorial Reus, 1981.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SCHROEDER, Friedrich Christian; FALCONE, Andrés; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.) . *Fundamentos y dogmática penal*. Buenos Aires: AD HOC, 2013.

WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.



RECEBIDO EM: 21/03/2017

APROVADO EM: 12/05/2017

# **A ERRADICAÇÃO DA FOME NO BRASIL A PARTIR DA DECLARAÇÃO DE ROMA DE 1996: ESTRUTURAS DE COMBATE, AVANÇOS E PONTOS FRÁGEIS**

***THE ERADICATION OF HUNGER IN BRAZIL SINCE THE 1996  
ROME DECLARATION: COMBAT STRUCTURES, PROGRESS AND  
WEAKNESS***

*Arthur Gustavo Saboya de Queiroz*

*Mestrando em Direito da Universidade Federal do Ceará.*

*Advogado*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 As estruturas internacionais e brasileiras de combate à fome; 2 O avanço dos programas sociais do Brasil na erradicação da fome; 3 A necessidade de melhorias sob a ótica do Direito Internacional; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Em 1996, no seio da Cúpula Mundial da Alimentação, foi redigida, através da atuação da FAO, a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, a Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial, com o objetivo de erradicar a fome no mundo. Na condição de país membro da organização, coube ao Brasil reforçar as políticas públicas nesse sentido, criando novos mecanismos para intensificar a queda no percentual de famintos em seu território. No presente artigo, serão apresentados alguns desses mecanismos, ressaltando os erros, os acertos e as necessidades ainda vigentes de maior atuação do país para o efetivo cumprimento do pactuado, sem se eximir de apontar proposições para o avanço no tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Combate à Fome. Declaração de Roma. Direitos Humanos. FAO. Segurança Alimentar.

**ABSTRACT:** In 1996, at the World Food Summit, the Rome Declaration on Nutrition was written by the action of FAO, Food and Agriculture Organization of the United Nations, in order to eradicate hunger in the world. As a member of the organization, fell to Brazil to strengthen public policies accordingly, creating new mechanisms to intensify the fall in the percentage of hungry in your territory. In this article, some of these mechanisms will be presented, highlighting the mistakes, the successes and the still existing needs for the effective implementation of the agreement, without avoiding to present propositions for an advance in the theme.

**KEYWORDS:** FAO. Fight Against Hunger. Food Security. Human Rights. Rome Declaration.

## INTRODUÇÃO

A fome é um dos grandes problemas mundiais. Segundo dados de 2015 apresentados pela FAO, cerca de 795 milhões de pessoas sofrem desse mal.<sup>1</sup> A atuação mais intensa para minorar essa realidade parte justamente dessa organização, agência especializada das Nações Unidas, dirigida atualmente pelo agrônomo brasileiro José Graziano da Silva.

Segundo Celso Mello<sup>2</sup>, são finalidades da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura: preparar informações e apreciações sobre produção, distribuição e consumo sobre agricultura, pescarias, nutrição e silvicultura; fornecer assistência técnica; promover a melhoria nacional e internacional de produção, distribuição de produtos de agricultura, pescarias, etc. Verifica-se assim que sua função é essencialmente de auxílio aos países, seja através da expertise de seus profissionais na elaboração de planejamentos, ou mesmo no financiamento de ações em países em desenvolvimento. Valério Mazzuoli<sup>3</sup> complementa apontando as principais metas e objetivos da instituição, quais sejam: fomentar a pesquisa científica na área agrícola; aumentar o nível de alimentação e a expectativa de vida do planeta; melhorar a conservação dos recursos naturais; melhorar o sistema de distribuição de produtos agrícolas e da pesca; e implementar uma melhoria nas condições de vida das populações rurais.

Documento marcante da história da FAO é a Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial<sup>4</sup>, de 1996, elaborada durante a primeira Cimeira Mundial da Alimentação, onde os chefes de Estado e de Governo presentes se comprometem a realizar “um esforço permanente para erradicar a fome em todos os países, com o objetivo imediato de reduzir, até a metade do seu nível atual, o número de pessoas subalimentadas até, ao mais tardar, o ano de 2015”. Na ocasião, foram estabelecidos também um plano de ação e sete compromissos que norteariam a busca pelo alcance desse objetivo maior. Interessante aspecto do texto é sua não restrição a temas alimentares, anunciando, entre outros pontos, a busca pela erradicação da pobreza e a igualdade entre os sexos como partes de

1 Dados retirados de FAO; IFAD; WFP. 2015. *The State of Food Insecurity in the World 2015. Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress*. Roma: FAO, 2015. p. 8. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-i4646e.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016

2 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 711.

3 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 685.

4 Disponível em: <<http://goo.gl/k8EkZF>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

seu plano de ação, por considerarem os signatários que estes avanços em muito contribuem para a mitigação da fome no mundo. Tendo sido parte da cúpula, coube ao Brasil implementar políticas públicas nesse sentido, no que foi bem-sucedido.

Serão apresentadas no presente trabalho algumas das medidas que proporcionaram esse êxito. No primeiro tópico, serão elencadas algumas das estruturas internacionais e brasileiras de enfrentamento da subnutrição. Nesse sentido, importante é a verificação das principais funções da FAO e o que tem feito, em termos práticos, para difundir a luta pela erradicação da fome no mundo. Ademais, as instituições nacionais, como o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, serão explicadas em sua atuação.

Na segunda parte, haverá a exposição dos sucessos na busca pela erradicação da fome no Brasil através da exposição dos programas governamentais e em que aspectos inovaram. Assim, serão visualizadas também as falhas ou lacunas nessa atuação, de onde se espera extrair os futuros pontos de maior atenção para a manutenção das dessas conquistas.

No terceiro tópico, com a consciência da capacidade das estruturas internacionais e brasileiras de combate à fome e dos sucessos na busca por sua erradicação, mas sem ignorar as deficiências ainda existentes, serão apresentadas algumas áreas ainda pendentes de evolução, sugerindo para elas propostas de tratamento sob a ótica do Direito Internacional. Em seguida, finalizamos, com breves comentários acerca do direito a uma alimentação saudável.

Entende-se que a fome no mundo não é admissível, tendo em vista que a alimentação de qualidade é condição mínima para uma vida plena, é um direito humano. Dados de 2013 apontam que de 30% a 50% da comida produzida no mundo, algo entre 1.2 e 2 bilhões de toneladas, é desperdiçada.<sup>5</sup> Deste modo, é crucial perceber a necessidade de um uso racional dos gêneros alimentícios como um dos pilares da busca por um progresso no combate a fome. Ademais, e aqui percebe-se o quão grave é o problema alimentar, embora estes 795 milhões de pessoas passem fome, apenas um quarto dessa quantidade desperdiçada já bastaria para a alimentação de 870 milhões de seres humanos.<sup>6</sup> Assim, percebe-se a situação também pautada em aspectos

5 Dados retirados de: INSTITUTION OF MECHANICAL ENGINEERS. *Global Food: Waste not, want not*. 2013. p. 2. Disponível em: <<https://goo.gl/DgFhGv>>. Acesso em: 22 ago. 2016

6 Dados retirados de: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. *Key facts on food loss and waste you should know!* Disponível em: <<http://www.fao.org/save-food/resources/keyfindings/en/>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

do modelo atual de distribuição da produção. Deste modo, este artigo busca contribuir para o debate apresentando um caminho que alcançou um sucesso efetivo, oferecendo também sugestões e tecendo críticas, sempre através da exposição de dados e dos comentários de técnicos e de conceituados doutrinadores, enxergando o problema da fome em toda a sua abrangência, com a ciência de que se trata de um assunto complexo, envolvendo muitos agentes e interesses distintos.

## 1 AS ESTRUTURAS INTERNACIONAIS E BRASILEIRAS DE COMBATE À FOME

Como já visto, a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, conhecida pela sigla FAO, é uma instituição que elabora ações em prol da segurança alimentar e contra a desnutrição no mundo. Como a sua própria nomenclatura expressa, constitui um ramo da ONU para a realização de trabalhos nesse contexto específico. Sua atuação, no entendimento de Ricardo Seitenfus<sup>7</sup>, teve um precursor, o Instituto Internacional da Agricultura (IIA), criado a partir de convenção assinada em Roma, em 1907. Ainda com fundamento em Seitenfus<sup>8</sup>, o órgão tinha como objetivos o estabelecimento de métodos estatísticos e troca de informações sobre as condições da produção agrícola no mundo.

Posteriormente, após o final da Segunda Guerra, período de grande difusão de organizações internacionais, foi criada a FAO. Informa novamente Celso Mello<sup>9</sup> que sua constituição foi elaborada em conferência internacional ocorrida na cidade de Hot Springs, no Estado da Virgínia, Estados Unidos, em 1943, passando a existir com sua primeira sessão, em 1945, na cidade de Quebec, Canadá. Após seu estabelecimento na capital americana de Washington, teve sua sede principal realocada para Roma, na Itália, onde funciona atualmente, possuindo 194 Estados membros, dois membros associados e uma organização membro (a União Europeia).

Conforme impõe a sua constituição<sup>10</sup>, suas conferências são realizadas a cada dois anos, onde cada país membro e membro associado são representados por um delegado, com direito a voto. A este voto, importante

7 SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 233.

8 *Ibidem*, p. 223.

9 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 711.

10 Disponível em: <<http://goo.gl/KhYxGq>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

frisar, não é atribuído qualquer peso diferenciado. A Representante Permanente do Brasil junto a FAO, atualmente, é a Embaixadora Maria Laura da Rocha, designada para esta função desde 2013. Ainda conforme sua constituição, entre as funções das conferências estão a emissão de recomendações, tanto a países como a organizações internacionais, e a eleição de um Diretor-Geral. Este posto é, como colocado anteriormente, ocupado no presente momento pelo agrônomo e professor brasileiro José Graziano da Silva, coordenador da elaboração do Programa Fome Zero e único ocupante do posto de Ministro Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome, de atribuições posteriormente englobadas pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, todas instituições que serão em breve apresentadas.

A ação governamental brasileira em prol da garantia de uma alimentação adequada decorre da implementação de uma política pública nesse sentido, sendo esta entendida como uma formulação explícita de diretrizes que orientam a ação do poder público. Nesse sentido, as políticas públicas se nortearam através de uma legislação nesse sentido, a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), Lei 11.346 de 2006, posteriormente regulamentada pelo Decreto 7.272 de 2010, cujo impulso definitivo partiu da II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CNSAN), em Olinda, no ano de 2004, onde a manifestação por uma lei orgânica constou em relatório final do evento. Uma das principais medidas dessa lei foi a instituição do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN).

O Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional consiste em um conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, além de instituições privadas, todas relacionadas à segurança alimentar e nutricional. Tem como seu objetivo a formulação e implementação de políticas e planos de segurança alimentar e nutricional, o estímulo a integração de esforços entre governo e sociedade civil nesse sentido, bem como a promoção, o acompanhamento, o monitoramento e a avaliação da segurança alimentar e nutricional no Brasil.

A entrada em vigor do Decreto 7.272 de 2010, além de regulamentar a Lei 11.346, instituiu uma Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN), que busca, como objetivo geral, a promoção da segurança alimentar e nutricional, e também assegurar o direito humano à alimentação no território nacional. Sob este último ponto, importante frisar que, através da Emenda Constitucional 64 de 2010, foi acrescentado ao rol de Direitos Sociais da Constituição Federal, no artigo 6º, o direito à

alimentação. Entre os objetivos específicos dessa política, encontramos a identificação e a atuação sobre os fatores que condicionam a insegurança alimentar e nutricional no país, a articulação de programas no âmbito da promoção do direito humano à alimentação adequada, à promoção de sistemas sustentáveis de produção alimentícia, e à incorporação como política de Estado o respeito à soberania alimentar e o direito à alimentação adequada, inclusive promovendo esse posicionamento na seara internacional.

O Ministério Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome (MESA) foi criado com a ascensão ao poder do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, em 2003, através da Medida Provisória de número 103, e depois Lei 10.683, de 28 de maio do mesmo ano. Entre suas funções, estava a implementação da apresentada Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Seu único ocupante, como já dito, foi o ministro José Graziano da Silva. Em 23 de janeiro de 2004, pouco mais de 1 ano após a sua criação, foi extinto, dando lugar ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), criado na mesma data de extinção de seu predecessor, não apenas herdou suas atribuições como também recebeu novas responsabilidades, sobretudo em virtude da maior estruturação do planejamento do combate à fome no Brasil promovida por toda a legislação tratada nessa parte do presente trabalho. Para seu bom funcionamento, contou, além de um Gabinete do Ministro (GM) e uma Secretaria Executiva (SE), com cinco secretarias temáticas: Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), responsável pela gestão de uma Política Nacional de Assistência Social (FNAS) e de um Sistema Único da Assistência Social (SUAS); Secretaria Nacional de Renda de Cidadania (SENARC), que executa a Política Nacional de Renda de Cidadania e gere o Bolsa Família e o Cadastro Único para Programas Sociais; Secretaria Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SESAN), que implementa a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional; Secretaria Extraordinária para Superação da Extrema Pobreza (SESEP), que coordena o Plano Brasil sem Miséria; e a Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação (SAGI), responsável pela avaliação e pelo monitoramento dos programas desenvolvidos no Ministério, a realização e divulgação de estudos e pesquisas, e a capacitação de agentes públicos e sociais.

Percebe-se que a segurança alimentar e nutricional ganhou abrangência, dialogando com o combate à pobreza e com a busca pelo desenvolvimento. Outro aspecto positivo é a boa estrutura, cuja complexidade organizacional faz-se necessária pela atenção que o tema

demanda. Foi o ministério responsável pela gestão do programa Fome Zero, hoje englobado pelo Programa Bolsa Família. Trataremos das implicações desses programas em tópico seguinte.

Com a reorganização ministerial promovida por Michel Temer através da Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome fundiu-se com o extinto Ministério do Desenvolvimento Agrário, passando a ter a nomenclatura de Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário (MDSA). Não obstante, conserva, no que diz respeito às questões abordadas nesse trabalho, as mesmas estruturas e funções, alterando-se apenas no acúmulo de competências do supracitado órgão extinto. Atualmente, é gerido pelo médico e deputado federal Osmar Terra.

## **2 O AVANÇO DOS PROGRAMAS SOCIAIS DO BRASIL NA ERRADICAÇÃO DA FOME**

Como apresentado, na qualidade de signatário da Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial, coube ao Brasil agir para cumprir o objetivo de reduzir à metade o número de pessoas subalimentadas até 2015.

A atuação do Brasil nessa seara se deu majoritariamente através de programas de transferência de renda. Na condição de Chefe de Estado na época da Cúpula de 1996, coube ao ex-presidente Fernando Henrique Cardoso iniciar medidas que atingissem a finalidade do evento. Em uma época onde os programas de transferência de renda eram financiados localmente, foi aprovada a Lei nº 9.533/97, autorizando o Executivo a conceder recursos aos municípios para que a União também participasse dessas ações. Foi também marcante a instituição do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, através da Emenda Constitucional nº 31/00.

O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza viria a ser regulamentado posteriormente através da Lei Complementar nº 111/01, pela qual vigoraria até 2010, sendo constituído sobretudo por recursos advindos de impostos, tendo como finalidade o financiamento de ações de reforço da nutrição, saúde, renda familiar, etc. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 67/10, foi prorrogado por tempo indeterminado.

O Programa Fome Zero surgiu com a expectativa de ser uma das marcas da presidência de Lula da Silva (2003-2010). O projeto se fundamentou em quatro eixos articuladores: acesso aos alimentos, facilitado pelo aumento do poder de compra do salário da população,

com o auxílio de programas de transferência de renda; fortalecimento da agricultura familiar, que, embora ocupasse uma área menor que a agricultura patronal, produzia a maior parte de alimentos básicos para o consumo da população, como mandioca, feijão, arroz, leite, etc; promoção de processos de geração de renda, visando incentivar a economia solidária, e qualificando a população de baixa renda para auxiliar sua inserção no mercado de trabalho; e a articulação, mobilização e participação popular, através de várias campanhas de educação cidadã.<sup>11</sup>

Ainda em 2003, o Programa Fome Zero, juntamente com outros programas criados no Governo FHC (1995-2002), Bolsa Escola, Bolsa Alimentação (este voltado para a alimentação de crianças de até 6 anos), Auxílio-Gás e Cadastramento Único do Governo Federal, foram unificados, criando o Programa Bolsa Família (PBF), cujo formato segue em vigor, tendo sido instituído através da Medida Provisória nº 132/03, convertida na Lei nº 10.836/04.

Através do Bolsa Família, consolidou-se a política governamental brasileira de transferência de renda, cujos benefícios ultrapassaram a seara da segurança alimentar e nutricional, alcançando também a saúde, a educação e mesmo a habitação. Possui números expressivos, tendo nascido ao final de 2003 já com mais de três milhões de famílias beneficiárias, e alcançado, em 2009, todos os municípios brasileiros.<sup>12</sup> Em março de 2016, o Programa Bolsa Família beneficiou 13.840.988 (treze milhões, oitocentos e quarenta mil, novecentas e oitenta e oito) famílias, tendo sido transferidos R\$ 2.223.324.571,00 (dois bilhões, duzentos e vinte e três milhões, trezentos e vinte e quatro mil, quinhentos e setenta e um reais) pelo governo para essa parcela da população.<sup>13</sup>

Tanto investimento resultou em vitórias expressivas. Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)<sup>14</sup>, que, em sua metodologia, considera o percentual de crianças de zero a quatro anos com peso abaixo do adequado para a sua idade, o Brasil tinha, em 1996,

11 SILVA, José Graziano da; DEL GROSSI, Mauro Eduardo; FRANÇA, Caio Galvão de (Orgs.). *Fome Zero: A experiência brasileira*. Brasília: MDA, 2010. p. 93-99. Disponível em: <<http://goo.gl/uzcvzp>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

12 BELIK, Walter. A Política Brasileira de Segurança Alimentar e Nutricional: concepção e resultados. *Revista Segurança Alimentar e Nutricional*, v. 19, n. 2, p. 94-110, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/vugPaE>>. Acesso em: 22 ago. 2016. p. 104.

13 Dados retirados de: BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Relatórios de Informações Sociais*. Disponível em: <<http://goo.gl/DbIVvB>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

14 Dados retirados de: BRASIL. *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – Relatório Nacional de Acompanhamento*. Brasília: Ipea, 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/l1QyDg>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

4,2% de sua população nessa faixa etária com esse déficit. Já em 2006, esse percentual era de 1,8%. Com efeito, conforme relatório divulgado pela FAO, em 2015, o Brasil atingiu o objetivo de reduzir a fome a metade em seu território, de um percentual de cerca de 14%, 22 milhões de pessoas, na década de 90, para menos que 5%, em números absolutos considerados não significativos estatisticamente, em 2014.<sup>15</sup>

Os avanços são consideráveis. Pode-se dizer com segurança, inclusive, que o papel de Graziano da Silva no alcance dessa meta foi o fator crucial que o levou ao posto de representante da FAO para América Latina e o Caribe em 2006, e a direção da instituição em 2011. Contudo, não se pode esquecer que o problema não está completamente sanado. Deve-se reconhecer a necessidade de aperfeiçoamento em alguns pontos frágeis ainda vivenciados, como uma maior miséria, e, conseqüentemente, fome, em áreas específicas do território nacional. Ademais, a população mais pobre ainda é bastante dependente dos auxílios governamentais, permitindo quedas em indicadores em situação de um possível corte de verbas. São, assim, propostas de avanços em pontos ainda deficientes do projeto de erradicação da fome no Brasil, pautadas em tratados internacionais, que serão tratadas no tópico seguinte.

### **3 A NECESSIDADE DE MELHORIAS SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL**

O esforço brasileiro em alcançar essa meta foi muito importante não apenas em benefício da população como também para conquistar mais respeito no cenário mundial. Cientes dos desafios ainda em voga no âmbito do combate à fome, e frisando novamente que este fenômeno não existe por si próprio, decorre de outros males, é de grande importância que o país continue a se pautar na experiência internacional para a superação de suas fragilidades sociais. Uma das grandes dificuldades ainda enfrentadas pelo país é a considerável incidência de condições de trabalho em desconformidade com os direitos humanos, sobretudo infantil e análogo a escravidão.

O Brasil participa dos debates internacionais nessas áreas. Foram ratificadas as convenções 29 e 105, que versam sobre a erradicação do trabalho similar à escravidão, e 182, sobre a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil, todas Organização Internacional do Trabalho (OIT). No entanto, embora existam bons avanços em alguns desses pontos, notadamente a erradicação do trabalho análogo à escravidão,

15 Dados retirados de: FAO; IFAD; WFP. 2015. The State of Food Insecurity in the World 2015. Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress. Roma: FAO, 2015. p. 47. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a4ef2d16-70a7-460a-a9ac-2a65a533269a/i4646e.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2016

contando, inclusive, com um plano nacional para o seu fim, eles ainda se mostram significativamente presentes, em muito contribuindo para manter suas vítimas na miséria.

Na temática do trabalho infantil, as dificuldades são maiores. Conforme o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador, foi atribuída a meta de, até o final do ano de 2015, erradicar as piores formas de trabalho infantil, o que não ocorreu. Parece-nos importante que, para reforçar a ação estatal, adquirindo resultados mais robustos, a exploração do trabalho infantil seja tipificada criminalmente. Nesse sentido, cumpre apontar a existência de um Projeto de Lei, de n. 3358/2012, com esse objetivo, de autoria do Deputado Federal Arnaldo Jordy.

Um ponto que pede urgente correção é a concentração fundiária. A capacidade agroexportadora brasileira é sólida, muito em face da existente de grandes latifúndios utilizados em monoculturas, sendo a produção desses gêneros alimentícios auxiliada por modernas técnicas de cultivo. Contudo, é inegável que esse modelo de produção gera pobreza no campo. Algumas de suas consequências são o desemprego e o êxodo rural, motivando situações de pobreza que ocasionam a fome. Ao pensar em soluções para essa questão, parece incontornável a questão da reforma agrária, capaz não apenas de garantir subsistência aos moradores de zonas rurais como também reforçar uma agricultura voltada para o abastecimento interno. Deve-se também frisar o reconhecimento por parte das Nações Unidas do benefício que traz essa medida, tendo este sido anunciado através do preâmbulo da Convenção 141 da OIT. Apesar do reconhecimento internacional da importância da reforma agrária, esta pouco tem sido praticada. Faz-se, portanto, necessária uma melhor observância desse tema, inclusive por ser internacionalmente reconhecido como adequado.

#### **4 CONCLUSÃO**

A fome decorre da miséria, da extrema pobreza, não sendo um fenômeno essencialmente natural, mas também influenciado por questões políticas, um pensamento difundido pelo brasileiro Josué de Castro, primeiro diretor-geral da FAO. Nesse sentido, as atuações nessa seara não poderiam se restringir a um mero fornecimento de comida aos famintos, devendo pautar-se na busca pelo desenvolvimento. Compreender esse aspecto foi crucial para alcançar essa importante vitória.

A superação da meta da FAO pelo Brasil tornou o país um exemplo mundial no tratamento do tema. Muito foi feito e muito ainda se faz para

garantir que milhões tenham acesso diário a alimentação de qualidade. Para tanto, foi mobilizada uma imensa estrutura, através da criação e aperfeiçoamento de um ministério, planos estruturais e muitos servidores e participantes de movimentos sociais na fiscalização. Não se pode, contudo, ignorar que muitos problemas ainda subsistem, como as dificuldades ainda encontradas em pontos particulares do país, como a região Nordeste.

A Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial foi muito bem-vinda. Com sua proposição, a erradicação da fome passou a ser vista não como uma política de governo, mas de Estado. Assim, se mostra bastante recomendável que estes problemas continuem a ser tratados sob uma perspectiva atrelada a entendimentos internacionais, por meio de proposições advindas das agências especializadas da ONU. Um grande exemplo de atuação internacional nesse sentido são os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento<sup>16</sup>, do qual o Brasil participa, com várias outras metas a serem alcançadas. É crucial, portanto, que o debate continue elevado as maiores instâncias mundiais, internacionalizando temas usualmente tratados como questões internas, alcançando assim uma maior integração dos países nos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

BELIK, Walter. A Política Brasileira de Segurança Alimentar e Nutricional: concepção e resultados. *Revista Segurança Alimentar e Nutricional*, v. 19, n 2, p. 94-110, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/vugPaE>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. *Relatório Final*. Olinda, 2004. Disponível em: <<http://goo.gl/XTfDgT>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Emenda constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico, 2000. Disponível em: <<http://goo.gl/gcKVbk>>. Acesso em: 22 ago. 2016

---

16 Para consulta acerca dos Objetivos do Milênio, acessar: <<http://www.pnud.org.br/odm.aspx>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Emenda constitucional nº 67, de 22 de dezembro de 2010*. Prorroga, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico, 2000. Disponível em: <<http://goo.gl/uv9my5>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto 592, de 6 de julho de 1992 – Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação*. Brasília: Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7272, de 25 de agosto de 2010. Brasília: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/u82yLL>>. Acesso em: 22 ago. 2016

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Estrutura Organizacional*. Disponível em: <<http://goo.gl/zfi3Gu>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome. *Relatórios de Informações Sociais*. Disponível em: <<http://goo.gl/DblVvB>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – Relatório Nacional de Acompanhamento*. Brasília: Ipea, 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/l1QyDg>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 10.683, de 28 de maio de 2003. Brasília: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 2003. Disponível em: <<http://goo.gl/Q24d6s>>. Acesso em: 22 ago. 2016

\_\_\_\_\_. Ministério das Relações Exteriores. *Representação brasileira junto a FAO, FIDA e PMA*. Disponível em: <<http://goo.gl/CqFUkf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Emenda constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010*. Altera o artigo 6º da Constituição Federal, introduzindo a alimentação como direito social. Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico, 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/gcKVbk>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 111, de 6 de julho de 2001*. Dispõe sobre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista nos artigos 79, 80 e 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, Senado

Federal: Centro Gráfico, 2001. Disponível em: <<http://goo.gl/IqgFfd>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.533/97, de 10 de dezembro de 1997. Brasília: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 1997. Disponível em: <<http://goo.gl/Ut5Nv0>>. Acesso em: 22 ago. 2016

FAO; IFAD; WFP. 2015. *The State of Food Insecurity in the World 2015. Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress*. Roma: FAO, p.8, 2015. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a4ef2d16-70a7-460a-a9ac-2a65a533269a/i4646e.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016

INSTITUTION OF MECHANICAL ENGINEERS. *Global Food: Waste not, want not*. p. 2. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/DgFhGv>> Acesso em: 22 ago. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ONU: um terço dos alimentos produzidos no mundo são desperdiçados, enquanto 840 milhões passam fome*. Disponível em: <<https://goo.gl/n8AHx7>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA. *Constituição da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura*. Disponível em: <<http://goo.gl/KhYxGq>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Declaração de Roma Sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cimeira Mundial da Alimentação*, de 13 de novembro de 1996. Disponível em: <<http://goo.gl/k8EkZF>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Key facts on food loss and waste you should know!* Disponível em: <<http://goo.gl/TxsXCP>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Sobre a FAO*. Disponível em: <<http://goo.gl/r7wAeE>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA – Escritório Regional da FAO para América Latina e o Caribe. *Fome Zero: Lições Principais*. Santiago, p. 10-11, 2006. Disponível em: <<http://goo.gl/4TEz41>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção Relativa a Abolição do Trabalho Forçado*, de 5 de junho de 1957. Genebra, 1957. Disponível em: <<http://goo.gl/DIF3sO>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Convenção relativa a igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e a mão de obra feminina por um trabalho de igual valor*, de 29 de junho de 1951. Genebra, 1951. Disponível em: <<http://goo.gl/5rbLGX>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Convenção sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil*, de 17 de junho de 1999. Genebra, 1999. Disponível em: <<http://goo.gl/zS0rDE>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Convenção sobre o trabalho forçado ou obrigatório*, de 10 de junho de 1930. Genebra, 1930. Disponível em: <<http://goo.gl/MtcQcw>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

PORTAL BRASIL: *Prêmio da FAO reconhece resultados do Brasil no combate à fome*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/11/premio-da-fao-reconhece-resultados-do-brasil-no-combate-a-fome>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SILVA, José Graziano da; DEL GROSSI, Mauro Eduardo; FRANÇA, Caio Galvão de (Orgs.). *Fome Zero: A experiência brasileira*. Brasília: MDA, 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/uzcvzp>>. Acesso em 22 ago. 2016.



RECEBIDO EM: 29/05/2017

APROVADO EM: 27/07/2017

# **A CRISE DOS DISCURSOS DE JUSTIFICAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE**

***THE CRISIS OF JUSTIFICATION SPEECHES FOR THE MAINTENANCE  
OF BENEFIT OF THE RETIREMENT FOR TIME OF CONTRIBUTION IN  
FACE OF THE PRINCIPLES OF SELECTIVITY AND DISTRIBUTIVITY***

*Everaldo Santos Soares*

*Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC*

*Professor na Universidade Regional do Cariri da disciplina Direito Previdenciário.*

*Analista do Seguro Social, em exercício na Procuradoria Seccional Federal, órgão  
de execução da Advocacia Geral da União, em Juazeiro do Norte/CE*

*Caroline Müller Bitencourt*

*Doutora em Direito. Especialista em Direito Público. Professora do PPGD –  
mestrado e doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul da disciplina Teorias  
do Direito*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Os discursos de justificação da aposentadoria por tempo de contribuição e o Princípio da Seletividade; 2 Das razões de justificação do princípio da seletividade e distributividade na Previdência Social Brasileira; 3 Risco social na aposentadoria por tempo de contribuição em face dos Princípios da Seletividade e Distributividade: Déficit argumentativo para a existência do benefício; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A partir da análise crítica dos argumentos de justificação, a fim de construir comunicativamente o discurso, procura-se novas justificações à luz do Direito Previdenciário, sobre a manutenção do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição no sistema previdenciário brasileiro, para além do debate jurídico colonizado e capturado quase que totalmente pela Economia e pela Política. Sob a perspectiva democrática para deliberar sobre os temas sensíveis à população, uma vez que a participação discursiva enquanto critério central para a compreensão de mundo e determinação de conteúdo de verdade, procura-se fundamentar e justificar os princípios da seletividade e distributividade, bem como o conceito de risco social e verificar seu atendimento no caso da aposentadoria por tempo de contribuição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aposentadoria. Discursos de Justificação. Direito Previdenciário. Princípio da Seletividade e Distributividade.

**ABSTRACT:** From the critical analysis of the arguments of justification, in order to communicatively construct the discourse, new justifications are sought in light of the Social Security Law, on the maintenance of the benefit of retirement by time of contribution in the Brazilian social security system, beyond the legal debate Colonized and captured almost entirely by Economics and Politics. From a democratic perspective to deliberate on population-sensitive topics, since discursive participation as a central criterion for world understanding and determination of truth content, we seek to justify and justify the principles of selectivity and distributivity, as well as the Concept of social risk and verify their attendance in the case of retirement by contribution time.

**KEYWORDS:** Retirement. Speeches of Justification. Social Security Law. Principle of Selectivity and Distributivity.

## **INTRODUÇÃO**

Muito se tem debatido acerca de novas reformas no sistema previdenciário brasileiro, visando dar sustentabilidade econômica e atuarial frente a supostos déficits de caixa. Dentre as mudanças discutidas, insere-se a proposta de extinção do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

O tema guarda relevante importância, tendo em vista os prementes efeitos para a manutenção do mínimo existencial em matéria previdenciária, a discussão sobre as cláusulas pétreas nesta matéria e seus limites, a quase eterna argumentação da reserva do possível, e todos os seus impactos no sistema de segurança social instrumentalizado pela Previdência Social brasileira. Todavia, vários os debates mostram-se desprovidos de racionalidade argumentativa, uma vez que as partes contendoras não utilizam os princípios do Direito Previdenciário, como é pertinente, e argumentações com necessária pretensão de validade frente à racionalidade necessária à estruturação de um sistema que é concebido para durar por décadas e séculos.

Dessa forma, objetiva-se tecer uma análise crítica desses argumentos, a fim de construir comunicativamente o discurso, por meio de evidenciar novas justificações à luz do direito, em um debate colonizado e capturado quase que totalmente pela economia e pela política.

No campo teórico e metodológico, verificar-se-á o atendimento do processo discursivo proposto por Habermas, bem como da razão comunicativa. Como substrato, complementar-se-á com as contribuições de Klaus Günther para a teoria da argumentação jurídica, em especial os discursos de justificação e fundamentação, para a manutenção ou não do aludido benefício previdenciário.

No que trata da metodologia, utiliza-se nesse trabalho o método hipotético-dedutivo, e do procedimento monográfico. A técnica de pesquisa adotada será a pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos.

### **1 OS DISCURSOS DE JUSTIFICAÇÃO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO E O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE**

De início, vale ressaltar que o trabalho do intérprete acerca da abrangência da norma se dá em um momento anterior à sua aplicação. Nesta investigação acerca do conteúdo da norma e, portanto, seus limites

de aplicação, será iniciada a investigação sobre o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição à luz dos princípios do Direito Previdenciário, com o fim de evidenciar, por meio do procedimento de ação comunicativa, os discursos com pretensão de validade e de justificação e fundamentação para sua existência em nosso sistema securitário.

No caso da reserva do possível, busca-se delinear qual a moldura normativa dos princípios securitários a fim de, somente assim, verificar a congruência argumentativa dos discursos de justificação e fundamentação no seio do Direito Previdenciário.

Para Günther, apenas com a diferenciação entre juízo de fundamentação e aplicação seria possível oferecer um critério racional para a constituição da normatividade jurídica. Deste modo

Apenas entre normas universais e singulares existe uma contradição em sentido excludente. Essa distinção depende das propriedades lógicas das expressões que utilizamos na formulação de uma norma. Enquanto termos singulares designam uma constante de indivíduos, termos universais consistem de variáveis de indivíduos que podem ser compostos por mais de uma constante. Sucintamente, generalidade é o oposto de especificidade, enquanto universalidade é compatível com a especificidade, significando meramente a propriedade lógica de ser governada por um quantificador universal e de não conter constantes individuais. Consequentemente, mesmo uma norma altamente específica a uma situação ainda pode ser universal, conquanto os termos referentes às características da situação possam ser aplicados a mais de um referente.<sup>1</sup>

A construção de argumento passa pelo convencimento das partes envolvidas no processo comunicativo, numa perspectiva reflexiva. Neste ponto, Habermas<sup>2</sup> ressalta que:

A “verdade” de proposições descritivas significa que os estados de coisas enunciados “existem”, enquanto as “correções” das proposições normativas refletem o caráter obrigatório dos modos de agir prescritos (ou proibidos). Kant pretende fazer justiça a esse saber epistêmico e saber prático distinguindo, relativamente a faculdade de conhecer e

1 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 41-42.

2 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, v. I, 1988. p. 41-42.

desejar, uso teórico de um uso prático da razão. Embora a razão teórica seja produtiva em um sentido transcendental, a razão prática tem uma força “Legisladora” num outro sentido, num sentido construtivo, como podemos dizer com Rawls. A pressuposta unidade de um mundo, espontaneamente gerado, de objetos da experiência possível unifica a multiplicidade de conhecimentos empíricos, enquanto o “reino dos fins” projetado pela razão prática indica a maneira como os sujeitos agentes devem, pela autodeterminação inteligente de sua vontade, gerar ou construir um mundo de relações interpessoais bem-ordenadas – “uma república universal segundo as leis da virtude”.

Na Teoria do Agir Comunicativo, Habermas propõe que a razão comunicativa é meio de integração social, de modo que uma ação comunicativa deve apresentar argumentos, ser inclusiva, sem coação e com igual chance de contribuição para todos. Em breve síntese, as categorias habermasianas fundamentais compreendem o *mundo da vida*<sup>3</sup>, onde se dá a busca comunicativa de consensos através da ação comunicativa.; os subsistemas dirigidos pelo meio poder (Política ou o Estado) e pelo meio moeda (mercado e Economia), onde ocorrem as chamadas ações estratégicas destinadas à busca de um comportamento útil do ouvinte em face do sujeito falante. Habermas alerta para a especificidade das relações entre o *mundo da vida* e os subsistemas dirigidos pelo razão instrumental, onde vamos encontrar a colonização e instrumentalização do primeiro por parte desses subsistemas.

Neste contexto, “o acervo do saber provê os participantes da comunicação de *convicções de fundo aproblemáticas*, de convicções de fundo que eles supõem garantidas”<sup>4</sup>. Por meio do agir comunicativo, propõe-se neste trabalho ao menos iniciar um debate acerca da real necessidade de selecionar a aposentadoria por tempo de contribuição no sentido de atender a um risco social, convictos dos pressupostos de necessidade de benefícios previdenciários deverem atender a riscos sociais. Uma vez que “a linguagem é um meio de comunicação que serve ao entendimento, enquanto os atores, ao entender-se entre si para coordenar suas ações, perseguem cada um determinadas metas”<sup>5</sup>, a teoria da ação comunicativa do debate acerca de Reformas na complexa temática da Previdência Social, desnuda os ações instrumentais da Política e Economia, no qual o debate atual parece se resumir. Habermas ressalta para o empobrecimento da

3 HABERMAS, op. cit.

4 Ibidem, V. II, p. 169.

5 Ibidem, p. 145.

comunicação ocasionada por estes dois subsistemas no mundo da vida, ao afirmar que:

o capitalismo e a instituição estatal moderna como subsistemas que através dos meios dinheiro e poder se diferenciam do sistema institucional, ou seja do componente social do mundo da vida. [...] Na sociedade burguesa os âmbitos de ação integrados socialmente adquirem, frente aos âmbitos de ação integrados sistemicamente, que são a Economia e o Estado, a forma da esfera da vida privada e esfera da opinião pública, as quais guardam entre si uma relação de complementaridade.<sup>6</sup>

Isto porque, “para a ação comunicativa só podem considerar-se determinantes aqueles atos de fala aos quais os falantes vinculam pretensões de validade susceptíveis de críticas”<sup>7</sup>. Neste ponto, pretende-se aclarar, por meio das críticas ao debate pela manutenção ou não do aludido benefício previdenciário, um agir comunicativo em busca de razões de justificação e fundamentação suficientes. Sendo elemento estrutural o uso da linguagem em processos argumentativos para a construção de consensos no mundo da vida, abre-se a perspectiva democrática para deliberar sobre os temas sensíveis à população, uma vez que a participação discursiva enquanto critério central para a compreensão de mundo e determinação de conteúdo de verdade. Desta combinação do princípio democrático ao princípio do discurso, pode-se afirmar:

Ainda, diga-se que a observação dos discursos não poderá ser feita senão considerando o princípio democrático, motivo pelo qual, obrigatoriamente, é necessário vislumbrar, ainda que brevemente, o que é a democracia no conceito da teoria pragmática e como ela opera, para então discorrer sobre os discursos de fundamentação e aplicação. [...] O pluralismo, característico desse momento histórico, requer ampla discussão e debate acerca dos conteúdos, dos conceitos e das práticas da comunidade, que será afetada individual e coletivamente. Nesse aspecto, as normas sociais que até poderiam ser observadas, de certa forma, simplesmente pelo fato de existirem, serão colocadas à discussão na esfera pública e em torno delas discutirão sua pretensão de validade. Dito de outro modo: a validade que antes era dada por outros meios, como autoridade, carisma, religião passa a ser dada através de

6 HABERMAS, op. cit., p. 452.

7 Ibidem, p. 391.

sua fundamentação, pois nesse processo de agir comunicativo voltado ao entendimento mútuo é que ocorre a integração social.<sup>8</sup>

Quanto à fundamentação, Günther esclarece que “Para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações”<sup>9</sup>. O debate sobre a existência do risco social na aposentadoria por tempo de contribuição e a resposta ao atendimento do Princípio da Seletividade, tão caro ao Direito Previdenciário, passa pela fundamentação adequada e justificação desta norma.

## **2 DAS RAZÕES DE JUSTIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA**

Surgidos como produto dos movimentos sociais dos trabalhadores, denominados pelos marxistas de proletários, os direitos sociais ou de segunda geração atenderam à demanda histórica de proteção às relações de trabalho, na qual é patente a hipossuficiência do empregado. Outrossim, verificando-se que a hipossuficiência não se delimitava aos sujeitos das relações de trabalho e sim, a camadas menos abastadas da população, surgiram garantias coletivas aos cidadãos atacados pelos riscos sociais do desemprego involuntário, da doença, da invalidez, da viuvez e da idade avançada.

A perspectiva de que o ser humano é acometido em determinadas situações de uma fragilidade que o impossibilita de por si só tomar as ações preventivas e pró-ativas para atender necessidades básicas da vida como alimentação, saúde, prover-se na velhice, originou a ideia de um sistema de seguridade aberto e obrigatório a toda população.

A este sistema denominou-se modernamente de Seguro Social ou Seguridade Social, expressão que pretende abarcar simultaneamente a tríade saúde, previdência e assistência social. Neste ínterim, os Estados passaram a organizar no início do século, como dito, sua seguridade social em seus respectivos países, a fim de atender as demandas da população e substituindo paulatinamente os sistemas de previdência e assistência fechados que atendiam exclusivamente a determinados segmentos dos trabalhadores e dependentes.

8 BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, J.R. O papel dos discursos de fundamentação, de aplicação e pragmáticos para a decisão e controle em matéria de políticas públicas. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (organizadores). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015. p. 27.

9 GÜNTHER, op. cit., p. 32.

No Brasil, o processo histórico se deu lentamente devido ao desinteresse do poder público em garantir a população tal direito social. Num país marcado pela exploração voraz onde a mesma foi o pano de fundo da sua história por quase quatro séculos seria difícil pensar que seria um processo menos moroso o reconhecimento e a efetivação dos direitos humanos.

Por esta razão, tardiamente, o Estado brasileiro, pressionado pela luta das classes operárias, reconheceu a necessidade de tomar para si esta responsabilidade, primeiramente uniformizando toda a legislação previdenciária através da edição da Lei Eloy Chaves. Em homenagem a brevidade e síntese, descrevamos logo o segundo passo em importância, qual seja a criação de um instituto próprio, o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, atual Instituto Nacional do Seguro Social, e a edição da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS). Para abarcar as outras áreas da seguridade social, além da previdenciária, há outras instituições responsáveis diretamente ou de apoio, cuja análise transborda os objetivos deste artigo, constituindo o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS<sup>10</sup>. Este sistema foi reestruturado a partir da promulgação da Constituição de 1988, a qual instituiu o Seguridade Social, abrangendo áreas e ações nos ramos da Saúde, Assistência Social e Previdência Social. Na Saúde, criou-se o Sistema Único de Saúde, que compartilha atribuições de todos os entes da federação na área de saúde, não competindo mais a um único ente autárquico as ações dessa área. Na Assistência Social, ocorreu processo semelhante, com o compartilhamento de ações nas três esferas.<sup>11</sup>

Não se adentrará em detalhar as atribuições definidas nessas duas outras áreas da Seguridade Social, por não fazer parte do escopo deste trabalho. O que se pode afirmar, de antemão, é que o Brasil possui uma das mais avançadas legislações de seguridade social do mundo, todavia são relatados supostos problemas de financiamento que afetam a concreção dos direitos correlatos. Deve-se distinguir, todavia, as especificidades do ramo previdenciário daquelas concernentes aos demais ramos da Seguridade Social.

Tome-se a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual inovou em face das anteriores ao estabelecer, quanto à seguridade social, que “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes

---

10 BRASIL, Ministério da Previdência Social. 2012. *História da Previdência Social*. 2012. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/historico/>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

11 Ibidem.

públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194, *caput* da Constituição Federal).

Este conceito se coaduna com o instituído pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, na Convenção 102, abaixo transcrita:

Seguridade social é a proteção que a sociedade proporciona a seus membros mediante uma série de medidas pública conta as privações econômicas e sociais que de outra derivariam no desaparecimento ou em forte redução de sua subsistência como consequência de enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice e morte e também a proteção em forma de assistência médica e de ajuda às famílias dos filhos.

O Legislador Constitucional adotou a classificação tripartite de Seguridade Social, a qual abrange, além da Previdência Social, a Assistência Social (prestações pecuniárias ou serviços prestados a pessoas hipossuficientes e sem capacidade laborativa), e a Saúde (fornecimento de assistência médico-hospitalar, tratamento e medicação). O primeiro elemento do sistema tem caráter contributivo, já os demais constituem prestações estatais independentemente de contraprestação pecuniária do destinatário. Advinda do conceito de Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), a Seguridade Social contempla a proteção ao trabalhador nas situações de risco social e eventos da vida profissional.

Optando, assim, por um modelo estatal, a Previdência Social é estabelecida no ordenamento pátrio como um sistema cuja gestão pertence ao Estado, com participação da sociedade, que tem por finalidade a proteção dos indivíduos naqueles eventos que digam respeito a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade laborativa, de modo a garantir meios econômicos para a manutenção de uma existência com dignidade.

Como leciona Martins<sup>12</sup>, o termo Previdência vem do latim *providere*, ou seja, ver com antecipação, no caso, prever as contingências sociais e buscar contrapor soluções. O texto constitucional brasileiro de 1988 deu contornos mais precisos aos direitos previdenciários (arts. 201 e 202), mas seus princípios e objetivos continuam mais ou menos idênticos ao Regime Geral de Previdência Social consolidado na legislação anterior, conforme comenta SILVA<sup>13</sup>.

12 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 25.

13 SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.760.

Ainda segundo Silva<sup>14</sup>, o sistema de seguro social brasileiro, “como manifestação desta (da Seguridade Social), a previdência tende a ultrapassar a mera concepção de instituição do Estado-providência (*Welfare State*), sem, no entanto, assumir características socializantes”. Neste contexto, a previdência social funda-se no princípio do seguro social, ou seja, os benefícios e serviços – dentre os quais não se compreende mais os de saúde – se destinam a assegurar aos seus beneficiários, mediante contribuição, os meios indispensáveis de manutenção, por motivo de afastamento da atividade laborativa concernentes aos eventos de incapacidade laborativa, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de contribuição, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependem economicamente.

Denota-se de logo que a base da cobertura previdenciária assenta no fator contribuição, e seus benefícios e serviços são ofertados em favor do contribuinte e dos seus dependentes. Nesse sentido, preceitua Martinez<sup>15</sup> que a Previdência Social,

Sob o prisma particular de seu escopo, pode ser concebida com a técnica de proteção social propiciadora de meios indispensáveis à manutenção da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável auferi-los pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de contribuição ou morte –, mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e dos participantes.

Já este autor demonstra outra característica do sistema previdenciário quando ao seu custeio, ao mencionar a “contribuição proveniente da sociedade”, além dos participantes. Neste passo, a referida contribuição se relaciona com o princípio da solidariedade. Mesa-Lago<sup>16</sup>, sobre os princípios da solidariedade e redistribuição de renda, comenta que:

toda a população deve estar filiada ao sistema de seguridade social e deve contribuir com seu funcionamento para garantir a sua sustentabilidade; também deve haver solidariedade entre as gerações; ou seja, os

14 SILVA, op. cit., p. 765.

15 MARTINEZ, Vladimir Novaes Martinez. *Curso de Direito Previdenciário*, Tomo II, 2. ed. São Paulo: LTR. 2003. p. 99.

16 MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social*. Tradução da Secretaria de Políticas de Previdência Social. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2007. p. 27.

trabalhadores ativos devem contribuir para financiar as prestações dos inativos; tudo isso terá um efeito redistributivo progressivo.

Mesa-lago<sup>17</sup>, citando Beveridge, corrobora que “o plano de seguridade social é “um método de redistribuição de renda, de maneira a antepor as primeiras e de necessidades mais urgentes e fazer o melhor uso possível de quaisquer recursos de que se possa abrir mão”. Detalhando o sistema previdenciário pátrio, Silva<sup>18</sup>, afirma que

o regime geral de previdência social consubstanciado na Constituição engloba prestações de dois tipos: benefícios e serviços. Nestes últimos, não entra mais os serviços de saúde, considerando parte da seguridade social por meio do *sistema único de saúde*, mas separado do regime de previdência social. (grifo do autor).

Indubitavelmente, a efetuar a manutenção econômica, está-se garantindo a vida, direito fundamental por excelência. Assim, há nexos primordial entre estes dois direitos fundamentais, pela correlação factual entre a promoção dos meios de subsistência da Previdência Social e a manutenção da vida.

No que tange aos princípios constitucionais que regem os sistemas previdenciário, aponta Balera<sup>19</sup> que o primado do trabalho é base primeira da ordem social constitucional. Nesse sentido, o sistema de seguridade social está estruturado tendo como postulado a prioridade do trabalho, como passo fundamental para que sejam alcançados o bem-estar e a justiça sociais, nos termos estabelecidos pela ordem constitucional, incorporado, pela primeira vez, de conceito vigoroso e peculiar à proteção social como o de seguridade social ao texto da Lei Maior, em resposta às expectativas da sociedade organizada de ampliação do rol de direitos sociais associados à cidadania plena.

Vale ressaltar de a Previdência Social se insere no sistema de Seguridade Social, ao lado dos ramos da Assistência Social e da Saúde.

Assim, existem princípios constitucionais aplicáveis aos três ramos. Iniciemos com o princípio da Solidariedade, previsto no art. 195, caput, da Constituição de 1988, que pode ser conceituada como a participação

17 MESA-LAGO, op. cit., p. 28.

18 Ibidem, p. 775.

19 BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 76.

obrigatória de todos os membros da sociedade, de forma direta, mediante contribuições sociais, e indireta, através dos tributos. Nota-se aqui, novamente a referibilidade das contribuições sociais à esta atividade estatal. Da mesma forma, outra dimensão do princípio é a solidariedade entre gerações, ou pacto intergeracional, que pode ser traduzido como forma de distribuição do custeio dos benefícios: a geração atual custeia os beneficiários atuais, e a geração futura custeará os beneficiários futuros. Nesta dimensão, é plenamente realizada no regime de repartição simples, como é o caso da Previdência social brasileira.

Balera<sup>20</sup> afirma que os princípios da Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços constantes no inciso III do artigo 194 da Constituição federal, devem ser entendidos como, a seletividade, aquele princípio que fixa o rol de prestações que serão garantidas ao beneficiário do sistema, num momento pré-legislativo no qual o legislador fixa a prioridade na outorga de determinadas prestações. Alerta que essa escolha não é livre, pois o constituinte já determinou a necessidade de proteção dos grandes riscos sociais: a morte, a doença, a velhice, o desemprego e a invalidez no art. 201 da CF/1988. Já a distributividade define o grau de proteção devido a cada um.

Em relação aos riscos sociais ou contingências sociais previdenciárias, cabe frisar que estas estão diretamente ligadas a situações fáticas que tornem difícil ou impossível ao trabalhador auferir renda por meio do trabalho, ou socialmente indesejável (como é o caso do salário-maternidade). Todos os riscos elencados no art. 201 da Constituição têm este elemento de ligação: são impeditivas fática ou socialmente do trabalho remunerado.

Os eventos causadores da perda, permanente ou temporária, da capacidade de trabalhar e auferir rendimentos para subsistência própria, bem como aqueles que os tornam socialmente indesejáveis, foram objeto de preocupação da sociedade. Os primeiros modelos para a cobertura e proteção contra os efeitos desses eventos, chamados de contingências sociais, estabeleciam responsabilidade subjetiva ou aquiliana do tomador dos seus serviços. Os sistemas evoluíram até atribuir-se à sociedade em seu conjunto, a responsabilidade pela cobertura, em decorrência mesmo da dimensão objetiva dos respectivos direitos fundamentais. Estas contingências sociais são responsabilidade do Estado de forma prevalente, o que levou Rocha (2007, p. 58) a afirmar que “tal desiderato é viabilizado pela redistribuição dos riscos sociais horizontalmente (entre grupos profissionais distintos) e

---

20 BALERA; MUSSI, op. cit., p. 77.

verticalmente (entre gerações) pelo equacionamento da economia coletiva”. No entender de Martínez<sup>21</sup>, acerca do princípio da Seletividade,

Por seleção de prestações se entende a escolha, por parte do legislador, de um plano de benefícios compatível com a força econômico-financeira do sistema nos limites das necessidades do indivíduo. [...]. Isto é, o rol dos benefícios deve otimizar as coberturas imprescindíveis com vistas na proteção possível, arredando-se a criação de um sem-número de direitos capazes de distorcer a técnica protetiva adotada. Não basta observar o princípio da precedência do custeio, é preciso arrolar faculdades nos limites da Previdência Social.

Em complementação ao princípio da seletividade, o legislador deve utilizar-se do princípio da distributividade, ou seja, a partir da seleção e tipificação das situações fáticas, entendidas como riscos sociais que merecem proteção securitária, deve o legislador analisar como será realizada a distribuição pelo sistema de seguridade social. Para tanto deve o legislador decidir a partir da análise da realidade social, que essa distribuição será efetivada da melhor maneira possível a partir dos recursos disponíveis no sistema. Corroborar Balera<sup>22</sup>, acerca desses princípios que:

A seletividade, fixando o rol de prestações, e a distributividade, definindo o grau de proteção devido a cada um, são corolário da isonomia em tema de seguridade social.

Contudo, as diretrizes em questão operam como redutores, na medida em que dão moldura ao vasto campo da aplicação dos programas de seguridade social.

Certamente, a seletividade e a distributividade se relacionam tendo por fim o mesmo objetivo que informa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, o qual deve ser juridicamente o melhor possível.

Deve-se selecionar para distribuir, uma vez postas as limitações de cunho financeiro da Previdência Social. Conquanto não seja seu fim precípuo, o sistema da Previdência Social tem o objetivo de dar uma relativa distribuição de renda. Sobre isto, é interessante avaliar o peso

<sup>21</sup> MARTINEZ, op. cit., p. 176.

<sup>22</sup> BALERA, op. cit., p. 86.

das prestações estatais previdenciárias e demais prestações que podem ser classificadas como de transferência de renda, inclusive no caso da previdência social brasileira, uma vez que:

O desenho da arrecadação e pagamento de benefícios da Previdência leva a isso, na medida em que a arrecadação é maior para os maiores salários e é menor tanto para os menores salários como para aqueles setores mais frágeis da economia, como, por exemplo, as micro e pequenas empresas (elas pagam menos), os empreendedores individuais, as donas de casa de famílias de baixa renda, o plano simplificado de contribuição autônoma. Então, essas categorias que, geralmente, têm menor renda contribuem com alíquota menor do que aquelas que têm maior renda<sup>23</sup>.

De qualquer modo, em cumprimento ao princípio de justiça social, a transferência se dará para os mais precisam de recursos, que estão em um grau maior de hipossuficiência.

Dessarte, estas características devem constituir-se como elementos de justificação e aplicação para os Princípios da Seletividade e Distributividade. Todavia, é necessário justificar quais riscos são esses que merecem proteção previdenciária.

### **3 RISCO SOCIAL NA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EM FACE DOS PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE: DÉFICIT ARGUMENTATIVO PARA A EXISTÊNCIA DO BENEFÍCIO**

É inerente a vida humana os riscos para sua continuidade. Pode-se sofrer inúmeros acidentes e doenças que impediriam de continuar o trabalho e prover o próprio sustento e o das famílias. Estes riscos, como visto acima, são selecionados pela moderna técnica de proteção social da Previdência Social com o fim de minorar seus efeitos.

Para Ibrahim, o “risco social é o evento futuro e incerto, cuja verificação independe da vontade do segurado, que, ocorrendo, pode atingir toda a sociedade, de forma reflexa”<sup>24</sup>. Para este autor, apenas o risco social morte é considerado futuro e certo. No mesmo sentido, aponta Assis, o qual, buscando uma concepção moderna para risco social, conclui que o risco a

23 BRASIL, op. cit.

24 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 18. ed. revisada e atualizada, Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 152.

princípio limitado à determinada pessoa se transfere para a sociedade. Daí a necessidade do indivíduo ser um obstáculo da sociedade, pois a miséria é inimiga de todos. De acordo com o Autor, o risco social é “o perigo, é a ameaça que fica exposta a coletividade diante da possibilidade de qualquer de seus membros, por esta ou aquela ocorrência, ficar privado dos meios essenciais à vida, transformando-se, destarte, num nódulo de infecção no organismo social, que cumpre extirpar”. Assis, adverte, ainda, que o risco social não põe em perigo apenas o indivíduo, considerado isoladamente, mas a própria sociedade<sup>25</sup>. Nesta temática Baltazar e Rocha ensinam que:

O termo risco social é empregado para designar os eventos, isto é, os fatos ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um desajuste nas condições normais de vida, em especial a obtenção de rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a serem atendidas, pois nestes momentos críticos, normalmente não podem ser satisfeitas pelo indivíduo.

Persianni, por sua vez, repensando o conceito de riscos sociais em um concepção mais atualizada, afirma que:

Trata-se de acontecimentos, pela natureza das coisas ou pelo modo em que a sociedade é organizada, normalmente inevitáveis que, devido à estrutura sócio-econômica, determinam para quem vive do próprio trabalho, uma situação de necessidade, geralmente em consequência da impossibilidade ou incapacidade de trabalhar que dela resulta<sup>26</sup>.

A noção de que o perigo que ameaça o indivíduo se transfere para a sociedade, ou, dito de outro modo: o risco individual ameaça uma das partes componentes do todo, fatalmente ameaçará a própria coletividade, configurando risco social, trazendo como consequência que as necessidades individuais se tornem igualmente necessidades da sociedade. Em arremate, Castro afirma que:

Os infortúnios causadores da perda, permanente ou temporária de trabalhar e auferir rendimentos foram objeto de várias formulações no sentido de estabelecer de quem seria a responsabilidade pelo dano patrimonial causado ao trabalhador, partindo da responsabilidade

---

25 ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma Concepção Moderna de “Risco Social”. *Revista de Direito Social*, n. 14, p. 78.

26 Apud VIANNA, J. E. A. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2006. p. 22.

subjetiva ou aquiliana do tomador dos seus serviços até chegar-se à responsabilidade como um todo, pela teoria do risco social<sup>27</sup>.

Deve-se agora analisar o risco social no benefício previdenciário da aposentadoria por tempo de contribuição, sobre a qual se tecerá alguns comentários.

A aposentadoria por tempo de serviço, antigamente denominada “aposentadoria ordinária”, era devida, no regime anterior a Emenda Constitucional n. 20/1998, ao homem, após 35 anos de trabalho, e a mulher, após 30 anos de trabalho, reduzido o tempo em 05 anos para o professor(a) por efetivo exercício da função de magistério. Existia, ainda, a aposentadoria proporcional, após 30 anos de trabalho, ao homem, e após 25 anos de trabalho, à mulher. Não havia limite mínimo de idade para a aposentadoria por tempo de serviço, integral ou proporcional, como ainda não há hoje para os trabalhadores segurados do Regime Geral de Previdência Social previsto no artigo 201 da Constituição Federal. A Emenda Constitucional n. 20/1998 alterou profundamente este benefício previdenciário, transformando a aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria por tempo de contribuição. Introduziu-se a alteração no artigo 201, § 7º, da Constituição Federal, o qual autorizou a aposentadoria após 35 anos de contribuição para o homem e 30 anos de contribuição para a mulher, reduzido esse tempo em 05 anos para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Entretanto, cumpre, à guisa de crítica argumentativa verificar se na atual Constituição o tempo de contribuição é requisito isolado para concessão de aposentadoria. Diz o artigo 201, §7º o seguinte

7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime

---

27 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 15. ed. São Paulo: LTR, 2014. p.58.

de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Interessante notar que os requisitos para aposentadoria no regime geral são separados em dois incisos, os quais possuem um “;” entre um e outro. Debateu-se se estes requisitos seriam cumulativos ou alternativos (discussão que foi reiniciada pelo atual Presidente da República Michel Temer). À época da emenda, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela alternatividade dos requisitos, ou seja, proclamou a existência jurídica de duas modalidades de aposentadoria: por idade e por tempo de contribuição. Significou que o “;” equivaleria à conjunção “ou” e não à conjunção “e”.

A título de exemplo, pode-se discutir o conteúdo semântico das sentenças na ação comunicativa, contrapondo-se os requisitos da petição inicial previstos no Código de Processo Civil:

Art. 319. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

Ora, há consenso argumentativo no sentido de que, conquanto separados por “;”, tais requisitos são cumulativos. Nota-se, ainda, que o tempo de contribuição não está elencado nos riscos sociais do artigo 201.

Dias e Macêdo afirmam que “o tempo de contribuição, na verdade, não se constitui verdadeira contingência social, visto que, por si só, não diminui nem elimina a capacidade de auto-sustento do segurado”<sup>28</sup>. Ibrahim, no mesmo sentido, ensina:

A aposentadoria por tempo de contribuição é um benefício que sofre constantes ataques, sendo que um número razoável de especialistas defende sua extinção. Isso decorre de conclusão de não ser este benefício tipicamente previdenciário, pois não há qualquer risco social sendo protegido – o tempo de contribuição não traz presunção de incapacidade para o trabalho<sup>29</sup>.

Desde seu surgimento, é a Previdência Social composta por um conjunto de princípios, regras e instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, contra contingências de perda ou redução da sua remuneração, de forma temporária ou permanente.

A tarefa da previdência social é, pois, a de proteger os seus segurados e dependentes em face de determinados *riscos sociais*. A grande questão é saber qual seria o risco social coberto pela aposentadoria por tempo de contribuição.

A Constituição Federal enumera, em seu art. 201, os riscos sociais:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

28 DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Método, 2008. p. 269.

29 IBRAHIM, op. cit., p. 293.

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Verifica-se que não há qualquer menção ao tempo de contribuição como *risco social* no art. 201. Parece que na doutrina especializada, cedendo aos argumentos de autoridade, não paira dúvidas quanto à existência deste tipo de benefício, em face da interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o que dispõe o § 7º, fazendo a leitura de que *fica assegurada aposentadoria após trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher*, embora a crítica a essa argumentação feita acima salta aos olhos em objetividade.

O fato de o evento ensejador do direito não estar incluído em qualquer dos incisos do *caput* do art. 201, pode ser indicativo de que o constituinte reconheceu não haver *risco social* no benefício em apreço.

Martins<sup>30</sup>, em contraponto, afirma que o tempo de contribuição ou de serviço é considerado contingência em razão do desgaste do trabalhador com o passar dos anos. Horvath Júnior, no mesmo sentido, afirma, que,

embora tecnicamente o tempo de contribuição não é um risco, mas sim uma certeza de que ao final do prazo estipulado legalmente, em havendo as contribuições regulares, será concedida a aposentadoria, o risco velhice encontra-se presumido em tal prestação, pois a ideia é de que após 35 anos de contribuição para os homens e 30 anos para as mulheres, o segurado esteja desgastado para continuar exercendo suas atividades<sup>31</sup>.

À luz dos conceitos debatidos de risco social, *tempo de contribuição*, em si mesmo, não possa ser considerado *risco*, na acepção de acontecimento futuro e aleatório, independente da vontade ou ação humana, capaz de produzir consequências danosas à pessoa ou ao seu patrimônio.

Interessante a posição Nogueira<sup>32</sup> elenca as diferentes atividades que estariam mais ligadas à capacidade laborativa do ser humano, fazendo

30 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 28.

31 HORVATH, Miguel. *Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 111.

32 NOGUEIRA, Rio. O Plano de Benefícios da Previdência Social e a Aposentadoria por Tempo de Serviço. In: *Seminário Internacional Sobre Previdência Social*. Brasília, 1993. Seminário Internacional sobre Previdência Social e a Revisão Constitucional. Brasília: CEPAL, Escritório no Brasil, 1994.

distinção entre o trabalho intelectualizado e o trabalho braçal. No primeiro caso, afirma o autor que, aos 65 anos de idade, o trabalhador está no auge da sua produtividade, sendo-lhe menos agressiva a velhice, enquanto no outro, na mesma faixa etária, o trabalhador encontra-se, seguramente, com 20% da sua produtividade máxima. Por estes argumentos, a aposentadoria por tempo de contribuição funcionaria como uma forma de coibir o exaurimento da capacidade laborativa do segurado, atuando, paralelamente, com o intuito de prevenir o aparecimento de *outros* riscos sociais como a doença, por exemplo. De qualquer modo, seria a antecipação de uma proteção que seria feita por meio de outros benefícios.

De qualquer forma, o Brasil possui critérios para aposentadoria por tempo de contribuição extremamente generosos se comparado aos critérios utilizados por outros países. Para o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), o Regime Geral de Previdência Social brasileiro caracteriza-se, por exemplo, pela possibilidade de aposentadoria sem a exigência de uma idade mínima para a sua concessão, o que não ocorre em nenhum outro país, salvo na Itália, que, entretanto, já possui uma regra de transição que eliminará essa brecha<sup>33</sup>. No mesmo sentido, verifica-se que esses benefícios são os que atingem valores mais altos, individualmente considerados, ferindo o Princípio da Distributividade, uma vez que o próprio segurado não custeia totalmente seu benefício, cujo custo é repartido de forma tríplice entre ele, as empresas e a sociedade (por meio do Estado e do Orçamento da Seguridade Social). Note-se que os trabalhadores de maiores rendimentos, de natureza técnica, gerencial ou científica, possuem maior “empregabilidade”, com contratos formalizados de trabalho que ensejam o reconhecimento dos vínculos com o Seguro Social, o que faz com que possam cumprir mais facilmente o requisito de tempo de contribuição, em contraponto com os trabalhadores de menor qualificação e renda.

De acordo com a Stephanes<sup>34</sup>, além do Brasil, apenas Irã, Iraque, Kuwait, Benin, Equador e Egito não possuem exigência de idade mínima para aposentadoria e, de todos, o Brasil é o único que não a condiciona ao afastamento da atividade.

Dessarte, ao se aplicar os princípios da Seletividade e Distributividade com as justificações e fundamentações apontadas, bem como a proteção

---

33 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *As idades médias de aposentadoria urbana por unidade da federação e região*. Nota Técnica nº 29. Brasília. outubro de 2016, p. 3.

34 STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

ao risco social como finalidade do sistema previdenciário, verifica-se um profundo déficit argumentativo na manutenção desse benefício previdenciário, uma vez que não atende ao consenso e as pretensões de validade das normas previdenciárias.

#### 4 CONCLUSÃO

A partir da análise crítica desses argumentos, a fim de construir comunicativamente o discurso, evidenciou-se novas justificações à luz do Direito Previdenciário, num debate colonizado e capturado quase que totalmente pela Economia e pela Política, sobre a manutenção do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição no sistema previdenciário brasileiro.

No agir comunicativo, procurou-se evidenciar quais as razões determinantes, a partir do conceito de *são* aqueles atos de fala aos quais os falantes vinculam pretensões de validade susceptíveis de críticas, no qual discorreu-se sobre vários pontos sob a perspectiva democrática para deliberar sobre os temas sensíveis à população, uma vez que a participação discursiva enquanto critério central para a compreensão de mundo e determinação de conteúdo de verdade.

Os princípios da Seletividade e Distributividade referem-se aos riscos que impõem impedimentos ao trabalho e a destinação aos trabalhadores que mais precisam de proteção. Estas são as razões de fundamentação adequadas, com pretensão de validade que passam no crivo do sistema principiológico dos direitos sociais previdenciários. No caso do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição não se encontram argumentos suficientes de justificação e fundamentação para se concluir que se atende aos princípios referidos, seja por não cobrir risco previdenciário democraticamente aceito pelo consenso racional, seja por efetuar uma distribuição de renda às avessas.

Infere-se, deste modo, um profundo déficit argumentativo para sustentar-se manutenção desse benefício previdenciário, uma vez que não atende ao consenso e as pretensões de validade das normas previdenciárias.

#### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-80, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma Concepção Moderna de “Risco Social”. *Revista de Direito Social*, n. 14.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

\_\_\_\_\_. RECK, J.R. O papel dos discursos de fundamentação, de aplicação e pragmáticos para a decisão e controle em matéria de políticas públicas. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (organizadores). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2015 e 23 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento. 2005. *Comparação internacional de gastos governamentais em saúde, educação e previdência*. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento/noticias/comparacao-internacional-de-gastos-governamentais>>. Acesso em: 23 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Previdência Social. 2012. *História da Previdência Social*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico/>>. Acesso em: 23 out. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Método, 2008.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.I, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus, v. I e II, 1988.

HORVATH Júnior, Miguel. *Dicionário Analítico de Previdência Social*. São Paulo: Atlas, 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 18. ed. revisado e atualizado, Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MARTINEZ, Vladimir Novaes Martinez. *Curso de Direito Previdenciário*. Tomo II, 2. ed. São Paulo: LTR. 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social*. Tradução da Secretaria de Políticas de Previdência Social. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2007.

NOGUEIRA, Rio. O Plano de Benefícios da Previdência Social e a Aposentadoria por Tempo de Serviço. In: *Seminário Internacional Sobre Previdência Social*. Brasília, 1993. Seminário Internacional sobre Previdência Social e a Revisão Constitucional. Brasília: CEPAL, Escritório no Brasil, 1994.

ROCHA, Daniel Machado; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado e ESMAFE, 2006.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros.2006.

STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 10. ed. Rio do Janeiro: Lumen Júris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Previdência e Assistência Social – Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2006.

RECEBIDO EM: 13/06/2017

APROVADO EM: 09/11/2017

# CONSIDERAÇÕES SOBRE A SOCIEDADE DE CONSUMO E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

*CONSIDERATIONS ON CONSUMER SOCIETY AND THE DEFENSE  
OF COMPETITION*

*Fábio Campelo Conrado de Holanda  
Doutor em Ciência Política pela UFRGS*

*Mestre em Direito pela UFC  
Professor do Curso de Mestrado em Direito Privado da Uni7  
Procurador Federal na PF/CE*

*Francisco Dias de Oliveira Junior  
Mestrando em Direito pela UNI7*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Contextualização do Consumidor em uma Economia de Mercado; 2 A Proteção do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna e a Fragilidade da sua Autonomia Decisória; 3 A Proteção do Consumidor Sobre o Prisma da Defesa da Concorrência Através do Estudo de Caso; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este ensaio tem por objetivo fazer uma análise da correlação existente entre a defesa da concorrência e a proteção do consumidor, políticas públicas que trazem benefícios mútuos às relações consumeristas e que devem ser harmonizadas em benefício do bem-estar do consumidor. Apesar de essas políticas apresentarem enfoques específicos e distintos, investiga-se de que maneiras a política de defesa da concorrência pode influenciar na tutela dos direitos do consumidor, principalmente, por meio da garantia e proteção do direito de escolha, nas relações consumeristas. Para atingimento desses objetivos será realizada pesquisa doutrinária, utilizando do método hipotético-dedutivo, com intuito de demonstrar que a legislação antitruste tem como um de seus principais fundamentos a proteção do consumidor. Além do que, nessa sociedade pós-moderna, deve ficar evidente que o consumidor carece dessa proteção.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela do Consumidor. Defesa da Concorrência. Direito de Escolha. Direito Antitruste.

**ABSTRACT:** This essay aims at analyzing the correlation between competition and consumer protection, public policies that bring mutual benefits to consumer relations and that should be harmonized for the benefit of the consumer. Although these policies have specific and distinct approaches, it's investigated in what ways competition policy can influence the protection of consumer rights, especially by guaranteeing and protecting the right to choose, in consumer relations. To achieve these objectives, a doctrinal research will be carried out, using the hypothetical-deductive method, in order to demonstrate that antitrust legislation has as one of its main foundations the protection of consumers. In addition, in this postmodern society, it should be evident that the consumer lacks this protection.

**KEYWORDS:** Consumer Protection. Defense of Competition. Right to Choose. Antitrust Law.

## INTRODUÇÃO

O mundo globalizado de hoje presencia constantemente a fusão, a cisão e a incorporação de empresas que, de certa forma, afetam diretamente a vida dos consumidores em geral, tendo a vista a ocasional caracterização de oligopólios capazes de aumentar a vulnerabilidade dos destinatários finais de produtos e serviços, cada vez mais submissos às diretrizes impostas pelo mercado de consumo.

Neste contexto, não se pode negar que estes *players* fracos das relações de consumo estão envolvidos em uma sociedade de riscos, marcada tanto por aspectos positivos quanto negativos do progresso, reclamando o olhar percuciente do direito. A revelação dos riscos desta sociedade contemporânea de consumidores é destacada através do avanço tecnológico e do crescimento da indústria.

Com lastro nestas premissas, o objeto do presente estudo é debater em que medida os mecanismos de defesa da concorrência têm o condão de proteger o consumidor. O desenvolvimento do tema se valerá do referencial teórico de autores nacionais e estrangeiros, como o filósofo polonês Zygmunt Bauman (reconhecido pelo estudo da sociedade líquida de consumo, pós-moderna e afeiçoada à produção em massa com indução ao consumismo exacerbado), o sociólogo alemão Ulrich Beck e os franceses Gilles Lipovetsky e Jean Baudrillard, dentre outros.

A justificativa para o enfrentamento do tema posto em debate é a correspondência da atuação profissional dos autores da pesquisa na esfera do poder público, a par dos estudos que vêm desenvolvendo em âmbito acadêmico, voltados à compreensão das relações consumeristas e do direito privado contemporâneo.

Sobre a tutela dos consumidores na sociedade de consumo de massa, verifica-se que o papel das normas antitruste pode ser melhor entendido em termos de um padrão fundamental - o padrão de escolha do consumidor, ou seja, na medida em que se protege a competitividade entre fornecedores de produtos e serviços, preservando o dinamismo do livre mercado nas relações consumeristas, haverá maiores possibilidades do destinatário final (desde que bem informado) exercer sua autonomia da vontade. A propósito, a informação, considerada um dos pilares da Política Nacional de Consumo, tem o propósito de mitigar o universo de incertezas em que está envolto o consumidor.

O objetivo do presente arrazoado, registre-se, é investigar de que forma e em que circunstâncias os órgãos de defesa da concorrência protegem o consumidor e fomentam seu bem-estar, por meio de uma proteção regulatória específica. O método eleito para o debate do tema foi a pesquisa bibliográfica com a divisão do arrazoado em três capítulos, constando no primeiro a contextualização do consumidor brasileiro na economia de mercado contemporânea (com ênfase na sociedade de risco da pós-modernidade), no segundo os vários mecanismos de tutela dos direitos do consumidor (em especial a defesa da concorrência) e, no derradeiro tópico, as luzes estarão voltadas a um caso concreto protagonizado pela atuação do CADE enquanto órgão regulador do tema.

A pretensão do arrazoado, como se vê, é ambiciosa, mas as críticas que lhes forem destinadas serão suficientes contribuições ao desenvolvimento do tema, tão caro para os autores, que aqui revelam seu interesse pelo debate multidisciplinar sobre este segmento do direito privado.

## **1 A CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONSUMIDOR EM UMA ECONOMIA DE MERCADO**

Nesta seção objetiva-se contextualizar a figura do consumidor na economia de mercado contemporânea, com enfoque na redução das desigualdades estabelecidas pelas práticas abusivas contra si, representadas, dentre outras, pela eliminação da concorrência através da formação de cartéis, por conduto do abuso do poder econômico<sup>1</sup> e da mitigação do seu poder de escolha.

Historicamente, a necessidade de uma proteção específica para o consumidor deriva da desigualdade intrínseca existente na relação de consumo, potencializada pelas grandes transformações do sistema capitalista, especialmente na produção e comercialização de bens e serviços. A produção em série, marcada simbolicamente pelo taylorismo e pelo fordismo<sup>2</sup>, consubstancia-se como o passo inicial para o consumo de massa. Concomitante ao surgimento do consumo de massa emerge a publicidade,

---

1 Para maiores detalhes ver lição de CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor do limiar do século XXI. *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, 1999, 20-22. Ver, também, FAVARO, Maria Carolina Pacheco. *A reestruturação e fortalecimento do direito administrativo sancionador: a necessidade da terceira via para efetivação da proteção dos direitos do consumidor*. São Paulo, 2011. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (dissertação de mestrado). Orientador: Prof. Dr. Eduardo Reali Ferrari.

2 TAYLOR, Frederick W. *Os princípios da administração científica*. São Paulo: Atlas, 1990.

lastreada pela necessidade de promoção dos produtos e serviços com aspirações de estabelecerem padrões de consumo.

Conforme destacado por Bauman<sup>3</sup>, “a característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias”. Ainda segundo o autor<sup>4</sup> (na esteira do que já havia destacado Nicole Aubert), a consolidação da sociedade de consumidores promoveu uma redimensão da compreensão do tempo, agora pontilhado, através de uma coleção de instantes experimentados com intensidades variadas, onde o fugaz e o efêmero sobrepõem os conceitos de durabilidade e segurança.

Com base nesta premissa, uma indagação se conecta ao objeto do presente artigo: se os ciclos de vida dos produtos seguem a lógica de um tempo pontilhado, marcado por constantes discontinuidades, representado pela mudança no produto ou por uma versão mais sofisticada daquele mesmo produto, até que ponto, numa economia de mercado competitiva ou monopolista, esse período discreto de tempo pode ser alargado ou diminuído ao bel-prazer dos grandes conglomerados empresariais e em detrimento do bem-estar do consumidor?

Acredita-se que, quanto maior for o poder de mercado de determinada empresa ou de determinado produto (ou marca) a vulnerabilidade do consumidor será maior, havendo maior propensão e tendência de substituição de equipamentos motivados pela obsolescência programada. Entretanto, se há várias empresas concorrentes no mercado, assim como a existência de vários produtos similares, a tendência será uma proteção maior do consumidor, uma vez que ele poderá ter a opção por mais de uma marca, no qual o período de obsolescência pode ser diferenciado. É o equivalente a afirmar que a concorrência dá mais liberdade e opção ao livre poder de escolha do consumidor.

Ao tratar da sociedade contemporânea de consumidores, Bauman<sup>5</sup> percebeu que a ideia do movimento presentes em nossas vidas, harmoniza-se com o apropriar e descartar de coisas. A tendência ao rápido descartar de bens (que o mercado nos oferece em todas as ocasiões e situações) prospera quando os fornecedores de produtos e serviços conseguem incutir

---

3 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 20.

4 *Ibidem*, p. 20.

5 *Ibidem*, 2008. p. 20.

a sensação de não satisfação de seus membros (e assim, em seus próprios termos, a “infelicidade” deles). Daí a volatilização e voracidade da economia de consumo, que está sempre preocupado em satisfazer (aparentemente) os consumidores é o combustível da quadra social contemporânea.

Esclarece o professor de Leeds que a mencionada infelicidade, no mundo da livre concorrência, paradoxalmente representa a felicidade do consumidor, traduzindo-se no mais amplo e variado poder de escolha, o poder de optar por produtos (modelos de produtos) concorrentes:

O mundo cheio de possibilidades é como uma mesa de bufê com tantos pratos deliciosos que nem o mais dedicado comensal poderia esperar provar de todos. Os comensais são consumidores, e a mais custosa e irritante das tarefas que se pode pôr diante de um consumidor é a necessidade de estabelecer prioridades: a necessidade de dispensar algumas opções inexploradas e abandoná-las. A infelicidade dos consumidores deriva do excesso e não da falta de escolha. “Será que utilizei os meios à minha disposição da melhor maneira possível? é a pergunta que mais assombra e causa insônia ao consumidor<sup>6</sup>.

Tem-se, portanto, que a escolha do consumidor é hoje um valor em si mesma, e quanto mais opções ele dispuser – apesar da aparente e paradoxal infelicidade, mais protegido estará o consumidor, em face da própria dinâmica concorrencial do mercado.

O ciclo de vida cada vez mais curto dos produtos, tornados obsoletos, traz consigo um custo, pois os produtos substituídos servirão de sucatas não recicláveis que tem como destino ou os países do terceiro mundo, ou as periferias das grandes cidades, representando problemas ambientais de grandes magnitudes.

Nesse contexto, Beck<sup>7</sup> destacava existir certa indiferença da sociedade diante destes riscos<sup>8</sup> e o corolário da degradação ambiental que lhe é peculiar, provenientes do consumo desenfreado, o chamado

---

6 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 47.

7 BECK, op. cit., p. 54.

8 Para Ulrich Bech: “A sociedade de risco designa uma época em que os aspectos negativos do progresso determinam cada vez mais a natureza das controvérsias que animam a sociedade. O que inicialmente ninguém via e, sobretudo, desejava, a saber, colocar a si mesmo em perigo e a destruição da natureza, está cada vez mais se tornando o motor da história” (BECK, Ulrich. *A política na sociedade de risco*. Tradução de Estevão Bosco. Ideias, Campinas-SP, n. 1, nova série, 2º semestre, 2010. p. 229-256).

“efeito bumerangue” (o produto que traz a felicidade do consumidor hoje pode ser aquele que degradará sua saúde amanhã). Verifica-se, pois, que a defesa da concorrência tem o condão de possibilitar o aprimoramento de informações existentes entre os produtores/fornecedores e os consumidores (a propósito, um dos grandes problemas da sociedade pós-moderna é a assimetria de informações existentes sobre os riscos dos produtos)<sup>9</sup>.

Ainda segundo o autor alemão<sup>10</sup>, pode-se enumerar três lógicas de riscos globais: riscos de crises ecológicas, riscos de crises financeiras globais e riscos de ameaças terroristas. Uma diferença central entre os dois primeiros e o último é que este é intencional, enquanto aqueles são acidentais, colaterais. Além disso, o primeiro deles, os riscos ecológicos ou ambientais estão diretamente associados ao consumismo exacerbado, marca da sociedade de massa, da sociedade de consumo pós-moderna.

Transportando tais considerações para a legislação consumerista pátria, tem-se que o conceito de consumidor foi o tema que mais suscitou debates e gerou polêmicas nos primeiros anos de vigência do atual Código de Defesa do Consumidor (CDC). Muitas dessas polêmicas permanecem até hoje. Assim, não é pretensão dessa pesquisa exaurir esse debate nem tampouco aprofundar-se no mesmo, mas apenas apresentar aqueles conceitos mais comumente aceitos.

O conceito legal de consumidor é trazido no art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.078/1990 (CDC), qualificando-se como tal “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O Código traz ainda o conceito de consumidor equiparado, dividindo-o em três espécies: i) a coletividade (art. 2º parágrafo único), ii) a vítima de acidente de consumo (art. 17), também denominado *bystander*; e, iii) o consumidor potencial (art. 29).

Entretanto, o conceito mais importante é o de consumidor em sentido estrito do qual são relacionados três requisitos para a sua configuração: i) ser pessoa física ou jurídica, ii) adquirir ou utilizar um produto ou serviço e iii) ser o destinatário final do produto ou serviço. Os dois primeiros requisitos não requerem maiores digressões, já o terceiro foi o que mais suscitou polêmicas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, fazendo surgir algumas teorias com intuito de definir ou delimitar o que seja destinatário final. As principais correntes doutrinárias que merecem

9 BECK, op. cit., p. 54.

10 Ibidem, p. 54.

estudo são: i) a teoria finalista ou subjetiva, ii) a teoria maximalista ou objetiva, e iii) a teoria finalista ampliada<sup>11</sup>.

Pela teoria finalista o consumidor é apenas aquele que utiliza o produto ou serviço adquirido para seu uso próprio, sem utilizá-lo com fins econômicos. Desse modo, tal teoria preconiza que consumidor é apenas o destinatário final econômico, ou seja, aquele que usa o produto ou serviço para proveito próprio ou familiar, não o utilizando em atividade econômica empresarial. O Supremo Tribunal Federal tem encampado esta teoria.<sup>12</sup>

Registre-se, no entanto, que o enfoque do presente artigo não é o aprofundamento destes conceitos gerais sobre o direito do consumidor e o posicionamento dos tribunais superiores na adoção das teorias em epígrafe, mas uma abordagem eminentemente teórica sobre as relações consumeristas na contemporaneidade, com enfoque na fragilização do poder decisório deste *player* fraco da relação.

## 2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA E A FRAGILIDADE DA SUA AUTONOMIA DECISÓRIA

Quanto à doutrina que se debruça sobre o estudo do ato de escolha do consumidor, destaca-se a dialética norte-americana de Robert Lande<sup>13</sup> e Robert Bork<sup>14</sup>, onde o primeiro defendia que o objetivo principal da política antitruste é a garantia do direito de escolha do consumidor, enquanto o segundo advogava que o principal desiderato do legislador americano ao promulgar a lei antitruste seria a busca pela eficiência do mercado.

Independente do posicionamento destas correntes, aquelas que apontam para o viés da eficiência econômica ou as que apontam para a liberdade de escolha do consumidor, pode-se afirmar que são complementares, afinal, de que vale a liberdade de escolha se não houver eficiência econômica? Não seria estéril haver eficiência econômica se o consumidor ficasse aprisionado em sua liberdade de escolha?

---

11 Para maiores detalhes ver MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002. p. 278-280. Ver também BENJAMIN, op. cit. p. 77-78.

12 PFEIFFER, op. cit., p. 40.

13 AVERITT, Neil W.; LANDE Robert H. Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law, *Antitrust Law Journal*, 713 (1997). Disponível em: <[http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all\\_fac](http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all_fac)>. Acesso em: 11 nov. 2016.

14 BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993. p. 12, apud PFEIFFER, Augusto Castellanos, op. cit., p. 88.

Evoluindo no debate, verifica-se que há uma mitigação da autonomia da vontade do consumidor decorrente da influência da publicidade que se utiliza de técnicas subliminares para influenciar nas decisões consumeristas. A legislação pátria proíbe a publicidade enganosa, mas não tece qualquer restrição ou comentário sobre a publicidade subliminar. Assim, a despeito da tolerância às mídias subliminares, nota-se que tal expediente (que tem o condão de reduzir o nível de consciência do destinatário final) se revela como desconhecido destes e dos órgãos de proteção do consumidor.

O conhecimento de técnicas de indução ao consumo por meio de mensagens subliminares, registre-se, imperceptível ao nível consciente do consumidor, mas massacrante ao nível de comprometimento do seu poder de decisão e de autonomia, é certamente arma de manipulação dos grandes conglomerados econômicos e da grande indústria da mídia consumerista.

Sobre a influência do subliminar nas decisões consumistas faz-se mister citar a relevância do pensamento de Mlodinow<sup>15</sup>, que em várias passagens do livro, deixa claro a influência da propaganda subliminar nas decisões de consumo, deixando cristalino que a mídia (a propaganda, a publicidade) pode incutir padrões de consumo inconscientemente nas mentes dos consumidores.

Segundo o autor, levando em consideração o cotidiano de uma série de decisões inconscientes, cientistas estimam que só temos consciência de cerca de 5% de nossa função cognitiva, sendo que os outros 95% vão para além de nossa consciência, estão no subliminar, e exercem enorme influência em nossas vidas.<sup>16</sup>

Caracterizando-se a inovação e a mudança como molas propulsoras da nova economia de mercado dessa sociedade de consumidores, não restam dúvidas de que, à primeira vista, a palavra inovação traz consigo um valor positivo. Como destacou Bauman, a mudança constante é também a norma suprema do comportamento, anunciada e promovida como a receita da sobrevivência no mundo turbulento e não mais previsível.<sup>17</sup>

---

15 MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

16 *Ibidem*, p. 30.

17 BAUMAN, Zygmunt. *The 20th century: the end or a beginning?* Thesis Eleven, Number 70, August 2002: 15–25, SAGE Publications and Thesis Eleven Pty Ltd. No original: “Constant change is also the supreme norm of behaviour, advertised and promoted as the recipe of survival in the turbulent and no more predictable world”.

Entretanto, não se pode olvidar que, em nome da inovação, empresas possam desenvolver suas estratégias de *marketing* em detrimento de um benefício real aos consumidores, sobretudo diante de um mercado concentrado (oligopolista ou monopolista).

Hodiernamente, é possível relacionar autores que tem se debruçado sobre o estudo das culturas de massas, do consumo exagerado e da fragilidade do consumidor frente a esta realidade contemporânea. Lipovetsky destaca o surgimento de uma nova fase do capitalismo, que deu origem a denominada sociedade de hiperconsumo, cujo lema chave é “compro, logo existo”. É, nas palavras do próprio autor, a “civilização do desejo”<sup>18</sup>. Essa sociedade do hiperconsumo, marcada pela cultura de massa, é apreendida como a “máquina destruidora da razão, empresa totalitária da erradicação da autonomia do pensamento”. Destaca o autor, que o consumo é superficial, o que torna as massas infantis<sup>19</sup>, e mais:

Toda a cultura massa-midiática tornou-se uma formidável máquina comandada pela lei da renovação acelerada, do sucesso efêmero, da sedução, da diferença marginal. A uma industrial cultural que se organiza sobre o princípio soberano da novidade corresponde um consumo excepcionalmente instável; mais que toda parte reina aí a inconstância e a imprevisibilidade dos gostos [...].<sup>20</sup>

Diante de um poder de influência relevante da mídia sobre as decisões do consumidor, principalmente, por meio da influência a nível subliminar, diante da busca incessante dos consumidores por mudança, por *status*, por ser diferente ou até muitas vezes igual a determinados comportamento de determinadas classes sociais, diante do poder dos grandes conglomerados econômicos que conhecem como influenciar as decisões dos consumidores, fazendo surgir demanda onde, na prática não deveria existir, fica a instigante pergunta: até que ponto, em que limite e circunstâncias, a escolhas e as decisões que os consumidores tomam são realmente decisões conscientes, autônomas? No uso pleno de sua autonomia da vontade? Ou a vontade do consumidor e seu poder de escolha não passam de mera aparência? Manipuladas por informações subliminares? E, por fim, de que forma e em que circunstâncias a

18 LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

19 LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 16-17.

20 Ibidem, p. 238.

defesa da concorrência poderia mitigar essas desvantagens, em favor do consumidor?

Como preparação para o derradeiro tópico do presente ensaio, tem-se que existem dois grandes momentos que representam um paradigma na defesa do consumidor: a) as grandes transformações do sistema capitalista, marcado pela produção e comercialização de bens e serviços<sup>21</sup>, e b) o consumo em massa, marca do último quartel do século XX e primeiro deste século. Como resultado desses eventos históricos têm-se o surgimento da figura do consumidor, como a conhecemos hoje.

Por conseguinte, há consenso na afirmativa de que os consumidores são beneficiados pela concorrência, pois ela acarreta menores preços<sup>22</sup>, maior qualidade e diversidade de produtos e serviços colocados à disposição da sociedade<sup>23</sup>, liberdade de escolha, como pressuposto do direito de acesso ao consumo<sup>24</sup>.

Para complementar a abordagem teórica que se pretendeu desenvolver, será tangenciado no próximo tópico um estudo de caso envolvendo a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

### 3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE O PRISMA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA ATRAVÉS DO ESTUDO DE CASO

O capitalismo é tido por alguns como um sistema parasitário. Partindo desta premissa, tem-se que como todos os parasitas, pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimento. Mas não pode fazer isso sem prejudicar o hospedeiro, destruindo assim, cedo ou tarde, as condições de sua prosperidade ou mesmo de sua sobrevivência<sup>25</sup>. A pretensão aqui não é fazer qualquer alusão negativa ou positiva do sistema capitalista, mas apenas destacar que qualquer sistema tem suas vantagens e desvantagens (prós e contras), que precisam ser reconhecidas, principalmente em se

21 A modificação na maneira de consumo teve como principal evento a produção em série, marca principal do fordismo e do taylorismo. (TAYLOR, Frederick W. *Os princípios da administração científica*. São Paulo: Atlas, 1990).

22 MAGALHÃES, Francisco Carlos. *Leis que preservam a concorrência protegem o consumidor*. Brasília, CADE, ano II, n. 5, p. 3-5, dez. 1976.

23 FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 78.

24 MALARD, Neide Terezinha. *Concentração de empresas: livre concorrência e livre iniciativa*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 1997. p. 134.

25 BAUMAN, op. cit., 2010. p. 6.

tratando das desvantagens, a fim de direcionar a atuação do Estado em favor do elo mais fraco da relação consumerista.

Portanto, diante do poder do mercado capitalista, no qual os conglomerados econômicos são cada vez mais poderosos e concentradores, faz-se, nesta seção, um estudo de caso sobre a proteção do consumidor como corolário de defesa da concorrência. Dessa forma, procura-se estabelecer a ressonância, vale dizer, os pontos de intersecção e de convergências entre os objetivos de defesa do consumidor e de defesa da concorrência.

A história da concorrência e, por consequente, de sua regulação, é muito anterior à própria história do modo de produção capitalista. Entretanto, as políticas de defesa da concorrência estão intrinsecamente relacionadas (imbricadas) à cultura do sistema capitalista e da sociedade de mercado (sociedade de consumo). Desta forma, pode-se entender que a concorrência seria um produto do próprio capitalismo e a sua garantia um pressuposto do pleno desenvolvimento do mercado.

Nesse sentido, a concorrência seria um valor, um fundamento intrínseco do mercado capitalista, devendo o Estado assegurar a defesa da concorrência, de modo que sua ausência ou a ineficiência das práticas de defesa da concorrência pode ocasionar uma disfuncionalidade do sistema econômico capitalista, o que poderia resultar em atraso no desenvolvimento dos países e na piora do bem-estar da população.

Corolário da dimensão constitucional da defesa da concorrência, tem-se a validade conferida à legislação infraconstitucional quem tem por função a concretização de tal princípio, como, por exemplo, a Lei nº 12.529/2011 que estabeleceu o controle repressivo e controle estrutural administrativo e a Lei nº 8.137/1990 que criminalizou diversas condutas anticoncorrenciais.

Nessa sociedade de consumo, cada vez mais massificada, o grande desafio é conciliar valores, às vezes antagônicos, como o livre acesso ao consumo, a defesa da concorrência e a defesa do consumidor. Nesse passo, a Constituição de 1988 inovou ao elevar a livre concorrência à categoria de princípio constitucional (art. 170, IV). Por seu turno, no art. 173, § 4º, estabeleceu-se que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Cabe, ainda, mencionar que a Constituição não trouxe um conceito de livre concorrência, deixado tal tarefa a cargo legislador e do intérprete.

Daí, também, a importância da hermenêutica constitucional, em matéria de proteção do consumidor, pois, dessa forma, os objetivos das políticas da concorrência (e o seu significado) podem variar de acordo com o contexto em que são aplicadas e de acordo com a visão de quem as aplicam.

A dimensão constitucional de defesa do consumidor subjaz de relevância ímpar, pois, por meio dela, estabelece-se a validade de uma série de normas infraconstitucionais que protegem o consumidor e impõem limites à atuação da livre iniciativa das empresas. Dentre essas normas, a mais importante é o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/1990.

A Lei nº 12.529/2011 menciona o termo consumidor em seu art. 1º ao incluir a defesa do consumidor entre os princípios de defesa da concorrência, entretanto, não traz, em nenhum momento, a definição ou conceito de consumidor. No entanto, no art. 115, estabelece que, subsidiariamente, aplicam-se aos processos administrativo e judicial as disposições da Lei nº 8.078/1990 (CDC).

Pode-se inferir que o conceito de consumidor do CDC pode ser trasladado para a lei de defesa da concorrência, uma vez que esta, em nenhum momento, trouxe tal conceito. Nesse diapasão, o conceito de consumidor pode ser unificado, para efeito de aplicação de ambas as legislações: CDC e lei de defesa da concorrência.

Não se pode deixar de mencionar que o CDC elegeu como centrais para o aperfeiçoamento do processo de escolha: informação e publicidade, cuja disciplina interessa tanto à defesa da concorrência quanto à proteção do consumidor. Com efeito, conforme destaca Pfeiffer, o CDC “possui uma extensa preocupação com o direito à informação adequada, por entender que ela é essencial para a garantia de uma escolha refletida”.<sup>26</sup> Ademais, veda a publicidade enganosa, na medida em que ela deturpa o processo de reflexão do consumidor.

Mencionado autor é didático ao esclarecer a relação entre a política de defesa da concorrência e de proteção do consumidor, na medida em que não se limita “à constatação de efeitos reflexos trazidos pela competição entre as empresas que beneficiam os consumidores, tais como menores preços, maior qualidade e ampliação da diversidade de produtos”. Segundo ele, tal relação é ainda mais intensa, “já que o bem-estar do consumidor

---

<sup>26</sup> PFEIFFER, op. cit., p. 65.

constitui um dos objetivos centrais da política de defesa da concorrência, o que vincula a atuação das autoridades responsáveis pela sua execução”.<sup>27</sup>

Na busca por uma defesa da concorrência efetiva, uma das principais ferramentas deve ser a informação, mas não podemos negar que a sociedade de massas é rica em contrainformações, sempre em favor do interesse dos grandes grupos econômicos. Chegando-se ao ponto de verificarmos um paradoxo da sociedade da informação: quanto mais informações, menor o poder de assimilação e de compreensão. Daí a defesa de que não basta termos muita informação, quanto se trata de relações consumeristas, mas a informação certa, objetiva, direta, esclarecedora. Nessa questão, não se pode olvidar do papel desempenhado pelos órgãos de controle e repressão dos ilícitos concorrenciais.

Conforme leciona Rizzato Nunes<sup>28</sup>, a livre concorrência é essencialmente uma garantia do consumidor e do mercado. Significando, portanto, que o produtor/fornecedor tem de oferecer ao consumidor produtos e serviços melhores do que os de seus concorrentes. Essa obrigação é posta *ad infinitum*, de forma que sempre haja melhora. Evidente que esse processo de concorrência se faz não só pela qualidade, mas, principalmente, pelo preço. O forte elemento concorrencial na luta pelo consumidor é o binômio qualidade/preço.

Pode-se, desde já inferir, *a priori*, que a concorrência tem papel fundamental em dois aspectos relevante para a melhoria do bem-estar do consumidor: preço e qualidade. Mas, se é justamente por meio da defesa da concorrência que se garante um mercado com vários fornecedores/produtores, não se pode deixar de mencionar um terceiro aspecto relevante que são os princípios antitrustes de garantia da liberdade de escolha. Aqui, garantir a liberdade de escolha é assegurar que sempre haverá no mercado um satisfatório número de *players* concorrendo em igualdade de condições.

A bem da didática e visando complementar a abordagem eminentemente teórica trazida no presente artigo, interessa a alusão ao inquérito administrativo nº 08012.008859/2009-86, deflagrado no âmbito do CADE, cuja atuação tem se mostrado diligente no equilíbrio dos interesses dos consumidores enquanto corolário da proteção das práticas concorrenciais.

---

27 PFEIFFER, op. cit., p. 1.

28 NUNES, Luis Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. revisado e atualizado. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 102.

A análise inclui exposição dos indícios apurados em sede de instrução de urgência que apontam para a existência de fundado receio de que a suposta conduta colusiva liderada pela empresa Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. cause lesão irreparável à concorrência e aos consumidores finais. Em 24 de novembro de 2015 foi deflagrada a “Operação Dubai”, a cargo do Departamento de Polícia Federal, que em conjunto com o Ministério Público do DF e o Cade efetivou o cumprimento de mandados de prisão, busca e apreensão e condução coercitiva com vistas a colher provas, no âmbito da investigação criminal, de um suposto cartel no mercado em tela.

Figura central nessa investigação é a rede de postos Cascol (anteriormente conhecida como “Gasol”), que detém inegável posição dominante no segmento de revenda de combustíveis. A Cascol opera 92 postos em universo de 323, de acordo com dados da ANP. Resulta em “market share” próximo a 30% em termos de unidades de pontos de venda, fazendo do grupo disparadamente o maior do DF.

Esta situação de dominância da Cascol, boa parte dela construída com a prática de diversas condutas supostamente ilícitas e anticompetitivas, vêm conformando o mercado de combustíveis do DF de uma maneira extremamente prejudicial ao consumidor, na medida em que transforma um ambiente que supostamente deveria ser caracterizado por competição em um ambiente artificialmente concentrado e favorável ao exercício abusivo de posição dominante por parte deste grupo econômico.

Embora o efeito imediato de uma operação como a “Dubai”, ao desarticular o suposto cartel, não necessariamente seja a queda de preços, dado que estes são formados por diversos fatores, sendo o cartel apenas um fator artificial que os influenciava, espera-se que, ao menos após tal desarticulação, os preços passem a ser definidos conforme a decisão independente de cada revendedor, ou seja, que passem a ter um padrão menos uniforme. Em um mercado efetivamente competitivo e, após um “choque” como o da operação realizada, esperar-se-ia uma maior variação em preços e margens, bem como uma maior diferenciação entre os postos.

Conclusivamente, o CADE determinou através do seu poder de polícia administrativo, a aplicação do artigo 13, inciso XI, c/c o art. 84, ambos da Lei 12.529/2011, recomendando a adoção de medida preventiva com a intervenção na administração da Cascol, além da imposição de multa diária por descumprimento das condutas descritas no âmbito da decisão

final do mencionado processo administrativo, sem prejuízo das demais sanções civis e penais cabíveis.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios de defesa da concorrência têm como pano de fundo, como destinatário final a tutela do consumidor. Sem uma atuação efetiva dos órgãos de defesa da concorrência os direitos do consumidor estariam longe de ser inteiramente respeitados. Uma vez que, no jogo da vida dos consumidores pós-modernos, as regras do jogo mudam continuamente à medida que as estruturas de mercado se modificam.

As normas de defesa da concorrência resguardam a liberdade preocupando-se em preservar a possibilidade de escolha entre mais de um fornecedor de produtos ou serviços. Por exemplo, a atuação das autoridades responsáveis pela análise dos atos de concentração é vinculada à preservação do excedente do consumidor e das condições imprescindíveis ao exercício do direito de escolha, sendo vedada a aprovação de fusões que prejudiquem o bem-estar do consumidor.

Um mercado concorrencial plenamente emancipado, livre, da utopia neoliberal, do *laissez-faire laissez-passer* de Adam Smith, não garantirá o caminho mais rápido e mais barato que conduz à riqueza e à felicidade. Afinal, a concorrência será sempre a melhor opção do ponto de vista dos consumidores e também do mercado. Pois, sem o dinamismo de um mercado livre, com empresas privadas competindo, os consumidores enfrentam inúmeras dificuldades, tais como baixa qualidade dos produtos, preços abusivos, serviços extremamente limitados e pouco opções de escolha.

Quem controla toda a atividade econômica controla os meios para todos os nossos fins e deve, portanto, decidir quais deles serão ou não satisfeitos. Esta é realmente a chave da questão. Em uma sociedade com livre concorrência, nossa liberdade de escolha está no fato de que, se alguém se recusar a satisfazer nossas demandas, nós podemos procurar outro que o faça. Isso só será assegurado se os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência forem garantidos em sua plenitude.

Convém destacar que, a proteção do consumidor não é uma reação contra o mercado, mas na realidade visa a sua própria preservação e adequado funcionamento, procurando solucionar algumas falhas por ele apresentadas.

A política de relações de consumo não será completa se não dispuser sobre a coibição dos abusos praticados no mercado de consumo, como o combate a concorrência desleal. Logo, o que se pretende com as regras de combate aos ilícitos concorrenciais é o estabelecimento de concorrência saudável e de um capitalismo menos selvagem.

A defesa da concorrência não é um fim em si mesma, mas o meio pelo qual se busca criar uma economia eficiente. E, em uma economia eficiente, as empresas estarão satisfeitas por receberem incentivos adequados ao aumento da produtividade e a introdução de novos e melhores produtos e serviços, gerando crescimento econômico; e os consumidores, por disporem de mais novidades, inovação, e maior variedade de produtos pelos menores preços e com maior qualidade. Em última análise, o que se pretende é não perder de vista a máxima de dar a cada um o que é seu, pilar tão caro ao direito privado, com origem no Direito Romano.

## REFERÊNCIAS

AVERITT, Neil W.; LANDE Robert H. Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law, *Antitrust Law Journal*, v.65, n. 713, 1997. Disponível em: <[http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all\\_fac](http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all_fac)>. Acesso em: 11 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Using the “consumer choice” approach to antitrust law. *Antitrust Law Journal*, v. 74, n. 1, 2007. Disponível em: <<http://home.ubalt.edu/ntland/ConsumerChoiceAntitrustLawJ2007.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. 2. ed. Tradução de Artur Mourão. Portugal, Lisboa: Edições 70, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *A vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna*. Tradução: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

\_\_\_\_\_. *Capitalismo parasitário e temas contemporâneos*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

\_\_\_\_\_. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Vida fragmentada: ensaios sobre a moral pós-moderna*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Rio de Janeiro: Relógio D'Água, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. Tradução de Estevão Bosco. *Ideias*, Campinas-SP, n. 1, nova série, 2. semestre, p. 229-256, 2010.

\_\_\_\_\_. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. O conceito jurídico de consumidor. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1988, v. 628, fev. 1988.

BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993.

BOURGOGNIE, Thierry. *O conceito jurídico de consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 2, 1992.

CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. Concorrência e consumidor no âmbito da administração pública: uma relação a ser vista como de tensão no plano dos valores. *RAP*, Rio de Janeiro 38(4):643-56, p. 643-655, jul./ago. 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor do limiar do século XXI. *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, p. 20-22, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil*, n. 15-16, p. 89-105, 1974.

FAVARO, Maria Carolina Pacheco. *A reestruturação e fortalecimento do direito administrativo sancionador: a necessidade da terceira via para efetivação da proteção dos direitos do consumidor*. São Paulo, 2011. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (dissertação de mestrado). Orientador: Prof. Dr. Eduardo Reali Ferrari.

FERRILL, Michael Ferrill; HYMAN, Leslie Sara Hyman; VALENCIANO, Soledad. Antitrust and consumer protection. *SMU Law Review*, 2012. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 16 set. 2016.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. The Chicago school foundation is flawed: antitrust protect consumers, not efficiency. In: *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*, Oxford University Press, Robert Pitfosky, Editor, 2008. Disponível em: <[http://home.ubalt.edu/ntlaland/The\\_Chicago\\_Schools\\_Foundation\\_is\\_Flawed\\_Book\\_Chapter.pdf](http://home.ubalt.edu/ntlaland/The_Chicago_Schools_Foundation_is_Flawed_Book_Chapter.pdf)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

LANDE, Robert H. Consumer choice as the ultimate goal of antitrust. *University of Pittsburgh Law Review*, v. 62:503, p. 503-525. Disponível em: <[www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)>. Acesso em: 16 set. 2016.

\_\_\_\_\_. The rise and (coming) fall of efficiency as the ruler of antitrust. University of Baltimore School of Law, *Federal Legal Publications*, 1988. Disponível em: <[http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1676&context=all\\_fac](http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1676&context=all_fac)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

\_\_\_\_\_. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (tese de doutorado). Orientador: Prof. Hermes Marcelo Huck. São Paulo: USP, 2010.

MAGALHÃES, Francisco Carlos. *Leis que preservam a concorrência protegem o consumidor*. Brasília, CADE, ano II, n. 5, p. 3-5, dez. 1976.

MALARD, Neide Terezinha. *Concentração de empresas: livre concorrência e livre iniciativa*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, p. 278-280, 2002.

MIREMADI, Alireza; FAGHANI, Elham. An empirical study of consumer buying behavior and its influence on consumer preference in Iranian FMCG Market: a case study. *International Business and Management*, Canadian Research & Development Center of Sciences and Cultures, 5(1), 2012, p. 146-152. Disponível em: <<http://www.cscanada.net/index.php/ibm/article/download/j.ibm.1923842820120501.1115/2857>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Humano demasiado humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*: 7. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

ORBACH, Barak Y. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law & Economics*, 7(1), 133-164. Advance Access publication, 1 December 2010. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 16 set. 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Márcilio Ângelo; ROAZZI, Antonio; SOUZA, Bruno Campello de. A influência da propaganda no processo de decisão de compra do adolescente brasileiro. *Psicologia em Pesquisa*, v. 5, n.1, Juiz de Fora ago. 2011. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1982-12472011000100003](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-12472011000100003)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

TAYLOR, Frederick W. *Os princípios da administração científica*. São Paulo: Atlas, 1990.

WAILER, Spencer Weber. Antitrust as consumer choice: comments on the new paradigm. *University of Pittsburgh Law Review*. v. 62:535, 2001. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 16 set. 2016.

RECEBIDO EM: 07/07/2017

APROVADO EM: 24/07/2017

# **DIREITO SOCIAL AO TRANSPORTE: NOVA DIRETRIZ E VELHAS PREMISSAS NA MOBILIDADE URBANA**

***SOCIAL RIGHT TO TRANSPORT: NEW GUIDELINE AND OLD  
PREMISES ABOUT URBAN MOBILITY***

*Flavio Matioli Veríssimo Silva*

*Mestrando em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul  
de Minas. Procurador Federal (AGU)*

*Eduardo Henrique Lopes Figueiredo*

*Doutor em direito do Estado e Mestre em direito das relações sociais pela  
Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Pós Graduação da  
Faculdade de Direito do Sul de Minas e professor adjunto do departamento de  
direito público da Universidade Estadual de Londrina*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Utilização do Território Através da Racionalidade Econômica; 2 Considerações Acerca do Processo de Urbanização no Brasil; 3 A Mobilidade Urbana e o Desafio da Inclusão; 4 Mobilidade Urbana e Cidadania; 5 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objeto analisar um possível impacto do advento do Direito social ao transporte, inserido pela Emenda Constitucional 90, no rol de direitos sociais do Art.6º da Constituição, no âmbito dos transportes públicos. Esse direito social pode se tornar uma importante diretriz nos sistemas de transportes públicos urbanos, frente a uma realidade construída a partir do uso econômico do território, urbanização desordenada e um déficit nas políticas de mobilidade. Toma-se por referência as ideias de Milton Santos, que associam a questão da imobilidade à pobreza e desigualdades sociais. Por fim, aponta que a Emenda Constitucional cria importante referência para as políticas de mobilidade urbana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Social. Transporte Público. Mobilidade Urbana. Território Utilizado. Urbanização.

**ABSTRACT:** The present article aims to analyze a possible impact of the advent of social right to transportation, inserted by the Constitutional Amendment 90 in the list of social rights of Art.6º of Brazilian Constitution, in the scope of public transport. This social right can become an important referential in urban public transportation systems, facing a reality built from the economic use of the territory, disorderly urbanization and a deficit in mobility policies. We take as reference the ideas of Milton Santos, which associate the issue of imobility with poverty and social inequalities. Finally, it points out that the constitutional amendment creates an important reference for urban mobility policies.

**KEYWORDS:** Social Rights. Public Transportation. Urban Mobility. Use of Territory. Urbanization.

## INTRODUÇÃO

Os transportes públicos são instrumentos essenciais ao deslocamento de pessoas no território urbano. É através dele que milhões de brasileiros viajam todos os dias para trabalhar, estudar, socializar, obter assistência médica, alcançar áreas de lazer, e muitas outras atividades inerentes ao dia a dia da sociedade moderna.

O Transporte foi incluído no rol de direitos sociais com o advento da Emenda Constitucional 90/2015, que alterou o art.6º da Constituição da República<sup>1</sup>. Embora inserido de forma genérica, utilizando-se apenas do termo vago “transportes”, não resta dúvida que o transporte público está inserido dentre aplicações possíveis desse novel direito social.

Não há como, em uma primeira leitura, dissociar essa inserção do direito ao transporte como direito social fundamental, das tensões sociais e econômicas pelas quais passou o Brasil nos últimos anos, em especial os protestos que tomaram as ruas do país em 2013.

Antes de se pensar na forma, no alcance e aplicação esse direito, pode-se perquirir qual em qual contexto se desenvolveu o transporte público brasileiro. Para isso tomam-se por base ter premissas que se relacionam: o uso do espaço, a formação das grandes áreas urbanas e inconsistência das políticas de mobilidade urbana.

O ponto de partida da análise é a concepção de Milton Santos(2012, p.110), que já defendia a existência de uma correlação entre a localização das pessoas e seu nível social e de renda. A questão dos transportes públicos está igualmente entrelaçada a esta realidade. Na prática, acaba por ser um serviço público de grande essencialidade para a população já estabelecidas em áreas mais distantes dos grandes centros justamente em virtude das reduzidas possibilidades econômicas.

É através da distribuição no espaço urbano que se percebe as desigualdades, e as distâncias físicas e sociais (estritamente relacionadas) contribuem para desconstrução do cidadão. Com base na concepção de Milton Santos, percebe-se que mobilidade é, então, um requisito para cidadania.

---

1 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

## 1 A UTILIZAÇÃO DO TERRITÓRIO ATRAVÉS DA RACIONALIDADE ECONÔMICA

De início, há que se compreender racionalidade do espaço brasileiro, seus atores (econômicos, sociais, políticos), e suas condições materiais, formando uma conjunção de elementos que acabam por justificar uma atenção especial do Estado ao assunto. A formação do espaço urbano nada mais é do que uma consequência da formação e utilização do território nacional.

Segundo Milton Santos e Maria Laura Silveira (2014, p.306), a racionalidade do espaço “vem, em última instância, das ações que sobre ele se realizam, mas tal possibilidade somente se perfaz quando o próprio território oferece as condições necessárias”.

Em sendo o território utilizado, ponto importante da análise, na definição de qualquer pedaço do território deve-se considerar a interdependência entre a materialidade -que inclui a natureza, e seu uso -que inclui a ação humana, o trabalho, e a política (SANTOS; SILVEIRA, 2014, p.247).

Ocorre que as configurações territoriais (sistemas naturais e de engenharia) são apenas condições, pois a atualidade e historicidade do espaço deriva da conjunção da materialidade territorial e as características das ações.

Por conta disso, o território mostra diferenças de densidades quanto as pessoas, objetos, movimentos das coisas e indivíduos, das informações e também das ações que recaem sobre determinado espaço<sup>2</sup>(SANTOS; SILVEIRA, 2014, p.260).

E a realidade mostra ainda que, se antes era perceptível a influência de áreas de produtos e mão de obra, hoje a importância se dá em relação aos fatores informação e finanças. Por isso, o espaço total de um país, isto é, o seu território enquanto suporte de produção das mais variadas instâncias, equivale ao mercado de um país (SANTOS; SILVEIRA, 2014, p.53).

---

2 Segundo Milton Santos e Maria Laura Silveira(2014,p.21), “outro dado indispensável ao entendimento das situações ora vigentes é o estudo do povoamento, abordado sobretudo em sua associação com a ocupação econômica, assim como os sistemas de movimentos de homens, capitais, produtos, mercadorias, serviços, mensagens, ordens”.

Por conseguinte, os sistemas de engenharia- importante forma de ação humana sobre o território- antes subordinados a questões locais, passam a ser importantes para relações mais amplas, de interesse nacional ou mesmo de economia internacional (SANTOS; SILVEIRA, 2014, p.102).

Um exemplo disso é o fato de o Brasil, para atender as exigências modernas, ser cortado por estradas de rodagem grandes e bem construídas, prevalecendo mais o interesse nacional e internacional, do que regional e local (SANTOS; SILVEIRA, 2014, p.64).

E a prática demonstra que grande parte das infraestruturas, embora pensadas como equipamentos de uso coletivos, são voltadas, na verdade, para a produção de empresas ou atividades econômicas hegemônicas (SANTOS; SILVEIRA, 2014, p.140).

Deve-se acrescentar ainda, que com a globalização, a lógica das grandes empresas se confundem à lógica do mercado global, e o espaço nacional e a política interna passam a ser influenciados por interesses de empresas transnacionais. Por tal razão, Milton Santos e Maria Laura Silveira (2014,p.257) defendem que se pode falar legitimamente em “espaço nacional da economia internacional”.

A consequência disso é a fragmentação e a incoerência dos espaços territoriais:

Na medida em que, com o mercado chamado global, cada empresa busca satisfazer-se nos lugares onde as respostas a seus reclamos é mais adequada, tal demanda é errática e o território passa a ter, nas áreas atingidas por esse tipo de relações, uma dinâmica praticamente imprevisível no próprio lugar em que se exerce e que é também alienada, já que não precisa ter correspondência com os interesses da sociedade local ou nacional. Novas formas de compartimentação do território ganham relevo e são capazes de impor distorções ao seu comportamento: são as novas caras da fragmentação territorial. (SANTOS; SILVEIRA, 2014, p.253)

Dessa forma, a capacidade de utilização do território não apenas divide como separa os homens, ainda que pareçam estar juntos, pois na prática, a conjunção do mercado e do espaço vivido acaba por assegurar desigualdades (SANTOS, 2012, p.80). E a concretização dos direitos sociais pode ser vista como uma possibilidade de repensar essa lógica.

Historicamente, o sistema de transportes se desenvolveu conforme a exploração econômica do território, embora tenha considerado também outras motivações, tais como a necessidade de expansão do território, a busca de metais preciosos e pastos para gados, a servidão dos indígenas, sempre aproveitando o máximo possível as facilidades da geografia, relevo, rios, vales, e outros aspectos naturais (PEREIRA, 2014, p.33).

Percebe-se assim, que desde o início da formação do Brasil, a política de transportes brasileira se baseava na criação de estruturas levadas a cabo primordialmente pela iniciativa privada, ainda que com relativa regulação estatal.

A evolução legislativa<sup>3</sup> recente indica que a questão dos transportes coletivos de passageiros passou a ter maior atenção e regulamentação, por intermédio de disposições normativas que permitiram delinear com mais clareza este serviço público no ordenamento jurídico. E principalmente, esboçar um conjunto de garantias e direitos aos cidadãos que utilizam esses serviços.

Esse cenário dos sistemas de transportes brasileiro (incluindo respectiva infraestrutura) tem reflexos e consequências também nos transportes urbanos das grandes cidades e regiões metropolitanas. Um serviço cuja implantação e expansão depende de primordialmente de recursos públicos, mas cuja operacionalização e condução está nas mãos da iniciativa privada.

A consequência, é que, mesmo que sistemas equipamentos de transportes tenham sido construídas com dinheiro público, essas infraestruturas acabaram por aprofundar o uso seletivo do território, gerando exclusão e depreciação de grande parte da economia e da população (SANTOS; SILVEIRA, 2014).

Em suma, o primeiro grande desafio para aplicação do direito social ao transporte é entender que os sistemas de transportes existentes, (instituídos e operacionalizados principalmente pela iniciativa privada) estão relacionados com a ocupação e utilização do espaço brasileiro, segundo uma finalidade econômica, influenciada pelo mercado internacional.

---

3 Como exemplo, pode-se citar a Lei 12.587/12, que instituiu diretrizes para a Política Nacional de Mobilidade Urbana

## 2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO DE URBANIZAÇÃO NO BRASIL

Ao lado da utilização histórica do espaço, deve-se fazer algumas considerações sobre a formação e composição dos grandes centros urbanos do país. Tratam-se de cidades e regiões metropolitanas que são expressão de todas as nuances – boas e ruins- do contexto social, econômico, político e cultural de cada região e do Brasil como um todo.

Em outras palavras, o interesse pelas cidades- e por todas as questões dela decorrentes- precisa ser sempre interdisciplinar, envolvendo diversos registros da realidade (FREITAG, 2012, p.11).

A explosão demográfica dos grandes centros urbanos brasileiros decorre de diversos fatores, muitos deles comuns a outras regiões da América Latina. Tais fatores são apontados por diversos estudiosos do tema, motivo pelo qual importa fazer menção a alguns deles.

O mais decantado causador do crescimento acelerado das grandes cidades brasileiras é a evasão da população das zonas rurais em direção aos centros urbanos, ocorrida durante o século XX.

Analisando a questão urbana na América Latina, Manuel Castells (2009, p.85), já apontava que a migração do campo para as cidades é um resultado da decomposição da sociedade rural, que se converte em um fator essencial para essas evasões:

O fenômeno essencial que determina o crescimento urbano é o das *migrações*. A fuga para as cidades é, em geral, considerada muito mais como um resultado de um *push* rural do que um *pull* urbano quer dizer, muito mais como uma decomposição da sociedade rural do que como expressão do dinamismo da sociedade urbana.

Milton Santos (2012, p.60), por sua vez, ressalva a necessidade de analisar essas migrações também do ponto de vista humano, acrescento outros elementos importantes a esse movimento migratório, a economia, o consumo, e o acesso a bens essenciais:

As migrações brasileiras, vistas pelo ângulo da sua causa, são verdadeiras migrações forçadas, provocadas pelo fato de que o jogo do mercado não encontra qualquer contrapeso nos direitos dos cidadãos.

São, frequentemente, também migrações ligadas ao consumo e à inacessibilidade a bens e serviços essenciais.

Nessa linha, a explosão da população urbana não pode desconsiderar a industrialização, o desenvolvimento do mercado interno (e a consequente oferta de mão de obra) como fatores de atração natural de contingente populacional para determinadas cidades.

Não há dúvidas de que o processo de urbanização não pode ser analisado de forma apartada de todo o contexto histórico do País. Outrossim, devem ser lembrados outros importantes fatores que influenciaram na questão, como as relações de dependência do Brasil e a criação das Megalópoles.

Segundo Milton Santos e Maria Laura Silveira (2014, p. 34), o processo de urbanização converteu-se em um *urbanismo de fachada*, que apenas refletia a condição de dependência da economia brasileira e de uma herança direta da colonização.

O Brasil, bem como as nações latino-americanas, se caracteriza por uma forte relação de dependência (QUIJANO, 1978), onde existem um conjunto de fatores externos que interferem no desenvolvimento de uma sociedade.

O aspecto interessante a ser destacado não é propriamente as relações de dependência entre os países dependentes (subdesenvolvidos) e dominantes. O que importa, nesta análise, é compreender os reflexos dessas relações nas sociedades, instituições e sistema de produção do país, motivo pelo qual o processo de urbanização é também uma expressão desta dinâmica social (CASTELLS, 2009).

Nesse sentido, Manuel Castells (2009, p. 106), argumenta ainda que:

A urbanização na América Latina não é expressão de um processo de “modernização”, mas a manifestação, a nível das relações sócio-espaciais, da acentuação das contradições sociais inerentes a seu modo de desenvolvimento- desenvolvimento determinado por uma dependência específica no interior do sistema capitalista mundial.

Embora possua assumir muitas formas na atualidade, pode-se dizer que a materialização das relações de dependência é inerente às condições

políticas e econômicas dos países periféricos, inclusive com reflexos no exercício do poder estatal<sup>4</sup>.

Por tudo isso, é comum, nos países latino-americanos, que as grandes cidades tenham passado por um processo de crescimento desordenado e expansão demográfica, gerando concentrações urbanas. A urbanização em países como o Brasil, se caracteriza pelo surgimento de megalópoles.

Segundo Barbara Freitag (2012, p.153), o conceito de megalópole refere-se a megacidade, cujo crescimento vertiginoso aconteceu na segunda metade do século XX, e se aplica a várias grandes cidades da América Latina. Sobre esse padrão de urbanização, a Autora defende que:

O critério principal nessa categorização é o crescimento descontrolado, degradado da população urbana, que faz transbordar aos limites naturais e administrativos da cidade, tornando-a insustentável. A megalopolização é acompanhada da poluição do ar, da água (mananciais e lençóis freáticos), do desequilíbrio ecológico e da desorganização social (anomia, violência, tráfico de drogas e armas, etc.).

As megalópoles apresentam também outra peculiaridade, qual seja, diferenças sociais e segregação espacial. Tratam-se cidades onde parte expressiva da população, vive de improviso ou em áreas irregulares, nas quais o próprio acesso aos serviços públicos é mínimo (FREITAG, 2012).

As características desse processo peculiar de urbanização, demonstram os contrastes entre as megalópoles e as metrópoles europeias e norte-americanas. Estas últimas são marcadas por sua tradição, capacidade renovadora na produção cultural, desenvolvimento tecnológico (especialmente nos transportes), gestão democrática, e uma política de controle de imigração (FREITAG, 2012).

Em suma, a compreensão do processo de desenvolvimento dos grandes aglomerados urbanos no Brasil é de grande relevância para análise da questão dos transportes públicos. Fatores como ocupação histórica, migrações internas, relações de dependência e megalopolização são premissas fundamentais para a contextualização do espaço utilizado brasileiro e suas características.

---

4 “O Estado periférico possui núcleos de poder interno cujas decisões são orientadas para o exterior e boa parte das suas decisões nacionais são afetadas ou condicionadas por constrangimentos externos.” (BERCOVICI, 2004, p.271).

Outra constatação feita por Milton Santos (2012, p.97), sobre a expansão urbana foi o enfraquecimento da figura do cidadão, na medida em que:

Ao mesmo tempo em que se dá a expansão urbana, há uma expansão exponencial do consumo, suprimindo-se uma vontade difusa de estabelecer uma democracia real, pela transmutação do quase cidadão em consumidor sem defesa: o processo de descidadanização do país foi sistemático e brutal.

Percebe-se assim, que uma das facetas da problemática urbana é o fomento ao consumo como estratégia de pacificação social. Esta é uma dimensão apontada por Manuel Castells (2009, p. 21), para quem a questão urbana, envolve a fusão de três dimensões, quais sejam, especificidades do processo político, especificidades na estrutura de classes de uma sociedade e formas espaciais ligadas aos meios coletivos de consumo.

Por conseguinte, a consolidação dos grandes centros urbanos brasileiros não significou o desenvolvimento humano, econômico e social da população. A falta de planejamento, associada as condições estruturais e institucionais acabou por implicar na impossibilidade de atendimento, pelos Entes Públicos, das necessidades essenciais de grande parte dos moradores. Serviços como saúde, educação e segurança se tornam insuficientes, e os serviços de transportes públicos passam ser contingenciais na realidade das cidades do País.

Na prática, segundo Milton Santos (2012, p.11), a concepção de cidade ou rede urbana não tem validade para grande parte das pessoas, “pois seu acesso efetivo aos bens e serviços distribuídos conforme a hierarquia urbana depende do seu lugar socioeconômico e também do seu lugar geográfico”.

Essa é a realidade das cidades brasileiras: poucos efetivamente conseguem usufruir de direitos, serviços, prestações estatais, e da cidadania. E a posição espacial adquire um papel fundamental nesta dinâmica social.

Tais condicionamentos levam à ideia de segregação urbana, isto é, a distribuição dos locais residenciais segue a lógica da distribuição dos produtos, reagrupando os indivíduos em função da capacidade social, renda, status profissional, etnia, etc. (CASTELLS, 2009).

Deve-se, por fim, fazer menção a alguns aspectos urbanísticos das cidades brasileiras que corroboram com a linha de argumento aqui

desenvolvida. Por força de influências de teorias e práticas urbanas norte americanas, as grandes cidades brasileiras são marcadas pela introdução de arranha-céus (verticalização das construções) e introdução de elevados e tuneis que favorecem o transporte de automóveis, em detrimento de trens e bondes, típicos das cidades europeias. A preferência pelos transportes rodoviários, com multiplicação de carros e motocicletas, leva a congestionamentos dos centros urbanos e áreas industriais, contribuindo, inclusive, para a poluição do ambiente (FREITAG, 2012).

Uma política urbana inclusiva e voltada para o desenvolvimento do cidadão nem sempre se viabiliza. E a formação de favelas, comunidades, e invasões são o reverso deste planejamento urbano voltado para a elite e para a classe média (FREITAG, 2012).

Logo, o segundo fator a ser considerado na concretização e aplicação do direito social é que no Brasil as políticas de organização e ocupação do território urbana são, historicamente, mínimas, gerando um crescimento urbano desordenado, o que exige, por sua vez, um sistema de transportes públicos eficiente e articulado com as necessidades dos habitantes das cidades e regiões metropolitanas.

### **3 A MOBILIDADE URBANA E O DESAFIO DA INCLUSÃO**

Como não poderia deixar de ser, o espaço urbano reflete as características da ocupação histórica do território nacional, as intervenções materiais voltadas para os interesses econômicos e a timidez em políticas públicas sensivelmente voltadas para a integração e redução de desigualdades.

A mobilidade, em suas diversas formas, é elemento essencial ao desenvolvimento da humanidade na forma em que conhecemos (SIMMEL, 1903). Ocorre que, “nas condições de mutação permanente que caracterizam a sociedade, alguns indivíduos são dotados de mais mobilidade que outros” (SANTOS, 2012, p.109). Toda essa realidade é perceptível tanto a nível nacional quanto a nível local.

Em sendo a mobilidade do indivíduo um elemento do desenvolvimento, converte-se em um privilégio de alguns cidadãos em países periféricos como o Brasil. A questão da mobilidade está estritamente relacionada com as desigualdades sociais e econômicas de uma localidade.

Esse aspecto é bem ressaltado por Milton Santos (2012, p.63):

Como morar na periferia é, na maioria das cidades brasileiras, o destino dos pobres, eles estão condenados a não dispor de serviços sociais ou a utilizá-los precariamente, ainda que pagando por eles preços extorsivos. É o mesmo que se dá com os transportes. Caros e ruins. Ruins e demorados. Como conciliar o direito à vida e as viagens cotidianas entre casa e o trabalho, que tomam horas e horas? A mobilidade das pessoas é, afinal, um direito ou um prêmio, uma prerrogativa permanente ou uma benesse ocasional? Como há linhas de ônibus rentáveis e outras não, a própria existência dos transportes coletivos depende de arranjos nem sempre bem-sucedidos, e nem sempre claros, entre o poder público e as concessionárias.

Especificamente no que se refere à mobilidade urbana, pode-se defini-la como a soma dos deslocamentos individuais dos cidadãos em meios de transportes públicos e particulares no interior do território urbano (MEYER, 2014). A mobilidade urbana é tanto política pública quanto conjunto de elementos decorrente destas políticas (ou mesmo ausência destas).

Quando se fala em deslocamentos individuais, é importante entender que o deslocamento particular pode ser feito por transporte não motorizado (como bicicletas) e por caminhadas. Também não se deve desconsiderar a existência de transportes públicos- coletivos e individuais- que operam de maneira informal<sup>5</sup>.

Assim, a definição de mobilidade urbana é mais ampla que a de transportes públicos. O segundo se relaciona com infraestruturas e equipamentos físicos, enquanto o primeiro, mais abrangente, se refere a formas de gestão desta infraestrutura em um determinado território (MEYER, 2014).

Desenvolver a mobilidade urbana é dar mais condições de circulação nas cidades. E circulação envolve modais de transporte, fundamentais nas dinâmicas das grandes cidades.

Uma observação a ser feita é que nas grandes cidades, nem sempre prevalece uma lógica complementar no âmbito da mobilidade urbana.

---

5 Existe uma tendência natural de regulamentação dos serviços de transportes informais. Eduardo Alcântara de Vasconcellos (2013, p.91) explica que “na maioria dos casos, os operadores do transporte clandestino foram sendo paulatinamente absorvidos pelo sistema regular, como serviços alimentadores do sistema tradicional (operando nas áreas periféricas)”. A tendência a regulamentação também se percebe nos casos do moto-taxi e do mais recentemente no *Uber*.

Isso se deve ao fato de que na verdade, em meios compartilhados de circulação, característicos das cidades brasileiras, há uma concorrência entre transportes coletivos e transportes individuais.

Enquanto nos transportes em comum, há socialização tanto das condições de circulação (estradas e vias) quanto da própria circulação, para os transportes individuais há socialização das condições de circulação e individualização do instrumento de circulação (CASTELLS, 2009, p. 280).

Questões como veículos e trens lotados, melhorias na oferta de transportes públicos, integração entre modais, crescimento do uso de automóveis particulares e motocicletas, criação de ciclovias e travessias para pedestres e gestão do solo urbano podem ser analisados na órbita abrangente da mobilidade urbana<sup>6</sup>.

O que deve ser destacado é que como conjunto de elementos resultantes de uma política pública, a mobilidade urbana acaba seguindo uma lógica iníqua e excludente (VASCONCELLOS, 2013). Por isso, a questão da mobilidade urbana, tal qual se apresenta, acaba se entrelaçando com outros aspectos, como interesses econômicos, segregação espacial e acessibilidade.

#### **4 MOBILIDADE URBANA E CIDADANIA**

Com a instituição do direito social ao transporte, a lógica da mobilidade urbana ganha novo sentido e norte: o cidadão. Todavia, a mobilidade urbana passará a envolver um tensionamento com aspectos que impedem a construção de uma mobilidade urbana, exigindo, de outro lado, uma maior atuação estatal.

Um primeiro aspecto se refere ao fato de que, como a modernidade das infraestruturas atinge apenas uma parcela do território urbano (SANTOS; SILVEIRA, 2014), os investimentos em mobilidade urbana não deixam de ser um reflexo desta realidade onde a escassez de recursos, as desigualdades sociais e a sobreposição de interesses privados são fatores determinantes na dinâmica demográfica.

Assim, a especificação espacial e determinação do modo de gestão são acompanhadas da distribuição desigual tanto dos meios de transportes

---

6 Tais temas, sem dúvida envolvem, cada um uma complexidade e profundidade que acabam por ultrapassar o escopo do presente trabalho.

entre os grupos sociais, quanto dos meios de transporte no espaço, ele próprio socialmente diferenciado (CASTELLS, 2009).

Logo, o problema da circulação e a mobilidade urbana no Brasil estão, de fato, relacionada à questão da pobreza e das desigualdades sociais. Não bastasse a esses indivíduos estarem muitas vezes relegados às regiões periféricas e pouco estruturadas, muitas vezes mal servidas de serviços públicos, são em grande parte dependente de meios de transporte para se deslocarem ao trabalho, escolas, hospitais, etc.

Um segundo aspecto implica considerar a forte influência dos agentes econômicos setoriais nos investimentos públicos, seja na escolha do modal de transporte público destinatário de recursos públicos, seja na diretriz política de estímulo aos transportes privados.

E o terceiro aspecto está na condição econômica de acesso aos serviços públicos de mobilidade. Transformado em um serviço comercial, em geral segue regras de mercado e possibilidades econômicas do adquirente. Aos que realmente dele necessitam, resta arcar com o peso de seu custo, comprometendo parte sensível da renda do indivíduo.

Em estudo realizado pelo FGV/DAPP (2014), realizado nas maiores regiões metropolitanas do Brasil, 56% das pessoas ouvidas apontam que o custo dos transportes públicos urbanos passou a pesar *mais* ou *muito mais* na renda individual. Na mesma pesquisa, 67% consideram o preço das tarifas *caros* ou *muito caros*, frente a 29% que consideram *adequados* e 3% que consideram *baratos*.

No âmbito das classes mais pobres, o comprometimento da renda é ainda mais significativo. Segundo estudo realizado pelo IPEA(2013), nas maiores regiões metropolitanas brasileiras, os gastos com transporte público chegam a superar os 13% da renda dos mais pobres destas regiões. No mesmo estudo, aponta-se que o fato de 30% das famílias não terem gastos com transportes públicos urbanos seria um indicativo da exclusão desse grupo em função da incapacidade de pagar pelos serviços de transportes.

Assim, em sendo a acessibilidade restringida pelas possibilidades econômicas dos indivíduos, a própria lógica da mobilidade urbana passa a depender de fatores primordialmente econômicos. Os instrumentos de mobilidade urbana deixam de ser acessíveis a todos os cidadãos para se restringir aos usuários com acesso subsidiado ou com capacidade de adquirí-lo.

E a mobilidade urbana, como política pública, deve estimular a inclusão e integração para da população em geral. Tanto como política pública quanto como direito prestacional, depende também do incremento de investimentos, e da definição de prioridades.

Logo, o direito social ao transporte exige mais efetividade nas políticas de mobilidade urbana. Na prática, tais políticas nem sempre são voltadas para inclusão e integração social. Entretanto, reorientadas agora para concretização do direito fundamental, devem se pautar na atuação estatal em prol da redução de desigualdades e construção da cidadania.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A racionalidade econômica no uso do território brasileiro, o histórico das formações urbanas no Brasil e o déficit nas políticas de mobilidade urbana são importantes referenciais para a compreensão do cenário do transporte público urbano e sua complexidade.

E esse cenário ganha novo referencial com a inserção do direito social ao transporte no rol de direitos sociais do art.6º da Constituição da República. Esse novo norte- que envolve o desenvolvimento à cidadania e busca de redução de desigualdades- estará em constante tensão com as bases que fundaram o sistema, implicando em uma necessária revisitação de questões como a prevalência de interesses privados de grandes empresas do setor, déficit nas políticas públicas de integração e ocupação do espaço urbano e reduzida intervenção estatal na política tarifária destes serviços públicos.

## REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e teoria da Constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas. In: NUNES, Antônio José Avelãs; JACINTO, Nelson de Miranda Coutinho (org.). *Diálogos constitucionais*: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 maio 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.587 de 03 de janeiro de 2012*. Institui diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)> Acesso em: 10 maio 2017.

CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

FGV-Fundação Getúlio Vargas, Diretoria de análise de Políticas Públicas. *Mobilidade Urbana e cidadania: Percepção dos usuários de transportes públicos no Brasil*, FGV DAPP Estudos Estratégicos, Rio de Janeiro, v.3, 2014. Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/publicacao/mobilidade-urbana-e-cidadania-percepcoes-dos-usuarios-de-transporte-publico-no-brasil/>>. Acesso em: 10 maio 2017.

FREITAG, Barbara. *Teorias da cidade*. 4. ed. Campinas: Papyrus, 2012.

IPEA-Instituto de Política econômica avançada. Nota Técnica n.2. *Tarifação e financiamento do transporte público urbano*. Brasília, 2013. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/130714\\_notatecnicadirur02.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/130714_notatecnicadirur02.pdf)> . Acesso em: 10 maio 2017.

MEYER, Regina. O desafio do deslocamento. In: *Caderno Mobilidade Urbana*, São Paulo: Globo, Abril/2014. Disponível em: <<http://app.cadernosglobo.com.br/banca/volume-04/mobilidade-urbana.html#artigo-01>>. Acesso em: 10 maio 2017.

PEREIRA, Vicente de Britto. *Transportes: história, crises e caminhos*. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2014.

QUIJANO, Aníbal. Dependência, Mudança Social e Urbanização na América Latina, In: ALMEIDA, Fernando Lopes (Org.). *A Questão Urbana na América Latina*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

SANTOS, Milton. *O Espaço do Cidadão*. 7. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Edusp, 2012.

\_\_\_\_\_. Milton; SILVEIRA, Maria Laura, *O Brasil: território e sociedade no início do século XXI*. 18. ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.

SIMMEL, Georg (1903). Sociologia do espaço. *Estudos Avançados*. São Paulo, ano-vol. 27, n.79, p.75-112, 2013.

VASCONCELLOS, Eduardo de Alcântara. *Políticas de Transporte no Brasil: A construção da mobilidade excludente*. Barueri: Manole, 2013.

RECEBIDO EM: 20/12/2016

APROVADO EM: 26/04/2017

# A FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DA EMPRESA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

***THE SOCIAL AND SOLIDARITY COMPANY FUNCTION  
IN THE INFORMATION SOCIETY***

*Heitor Henrique Possagnoli*

*Mestrando em Direito Econômico pela UNIMAR. Assessor de Pós-Graduação de Juiz de Direito. Bacharel em direito pela Universidade do Norte do Paraná - Campus Bandeirantes*

*Allan César de Arruda Correio*

*Mestrando em direito pela UNIMAR - Universidade de Marília (SP) em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Professor Damásio de Jesus (2014), Professor nas disciplinas de Direito Processual Civil, Direito das Relações de Consumo e Direito Civil Aplicado pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR, Advogado*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Globalização; 2 Teoria da Empresa e sua Função Social e Solidária; 3 Empresa e os meios virtuais; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este trabalho trata das mudanças decorridas do fenômeno da globalização, o qual mudou o modo de convivências das pessoas, meios de compras em massa e, automaticamente, a teoria da empresa. Aliás, a atividade empresarial sofreu grande impacto com a chegada da Constituição Federal de 1988 e introdução do Código Civil de 2002, pois foram inseridos os princípios da função social e solidária da empresa como novas regras de conduta. Ademais, essa nova ferramenta de exploração do mercado - internet - atinge as formas de atuação das empresas, tanto as que atuam na rede, como aquelas que se aproveitam dessa ferramenta para aumentarem suas vendas. No entanto, malgrado o avanço, diante de tantas mudanças a legislação brasileira caminha a passos curtos, conforme demonstra a pesquisa bibliográfica realizada com a aplicação do método dedutivo, partindo um conceito geral para o particular e, presumindo-se um princípio como verdadeiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Globalização. Teoria da Empresa. Meios Virtuais. Função Social. Função Solidária.

**ABSTRACT:** This paper deals with the changes resulting from the phenomenon of globalization, which changed people's way of living, means of mass purchases and, automatically, company theory. In fact, the business activity had a great impact with the arrival of the Federal Constitution of 1988 and introduction of the Civil Code of 2002, since the principles of the social and solidarity function of the company were inserted as new rules of conduct. In addition, this new tool of exploration of the market - internet - reaches the forms of performance of the companies, both those that act in the network, and those that take advantage of this tool to increase their sales. However, in spite of the progress, in the face of so many changes, the Brazilian legislation is moving in short steps, as shown by the bibliographical research carried out with the application of the deductive method, starting with a general concept for the individual and assuming a principle as true.

**KEYWORDS:** Globalization. Theory of the Company. Vedic Means. Social Role. Solidarity Function.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como tema a análise da teoria da empresa, e buscou analisar seus principais aspectos, as funções social e solidária nos meios virtuais, além de demonstrar o impacto que o fenômeno da globalização ocasionou no modo de agir das empresas e de consumir dos cidadãos. Tema este que faz parte de grandes debates mundiais, configurando-se como relevante.

A atualidade do tema, bem como a necessidade de intensificar debates nos cenários acadêmico, político e social, atendendo problemas futuros frente à nova realidade empresarial que se prolifera no mundo, justificam tal escolha respaldada pela notória evolução do direito empresarial no Brasil, com suas principais mudanças, em especial as contidas na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, que incluem os princípios da função social e função solidária da empresa.

Ademais, com a chegada da internet houve uma acentuada alteração nas formas de atuação das empresas, tanto as que desenvolvem computadores, celulares como aquelas que atuam na rede, como Google, Facebook. Além dessas empresas, os empresários do ramo de varejo se aproveitaram da evolução tecnológica para alavan Warley Ribeiro Oliveira car suas vendas, usando a rede para vender seus produtos com maior comodidade aos seus consumidores.

Dessa forma, ainda que existam algumas leis que regulam o comércio eletrônico (Lei 7.962/13) e a internet (Lei 12.965/14 - Marco Civil da Internet), com a mudança de paradigma nas relações comerciais, ainda é necessária uma regulamentação que caminhe na velocidade do avanço da tecnologia.

Assim, pode-se perguntar: até que ponto o cidadão foi afetado pelas novas formas de relações comerciais desencadeadas pela globalização? A teoria da empresa tem se adequado ao novo sistema social solidário? As empresas virtuais possuem uma regulamentação para suas atividades?

Para obtenção dos resultados foi desenvolvida a pesquisa bibliográfica, utilizando-se doutrinas específicas sobre o assunto da globalização, teoria da empresa, internet e meios virtuais, com aporte das legislações relacionadas ao tema, artigos científicos e revistas atualizadas.

## **1 A GLOBALIZAÇÃO**

O mundo mudou com o processo da globalização; pessoas que viviam nas áreas rurais e cultivavam produtos para o sustento familiar

vieram para a cidade para trabalhar em fábricas e serviços repetitivos após a Revolução Industrial. Fato que pode ser compreendido pela mudança na produção, tendo a industrialização fator predominante nesse processo.

Sola explica que “a transformação repentina de sociedades rurais para sociedades urbanas mudou radicalmente as condições da Administração Pública”<sup>1</sup>.

Findada a Segunda Guerra Mundial, e com a evolução dos meios de comunicações, iniciou-se o famoso processo de globalização, que tornou acessível, em quase todo o mundo, o acesso a todo tipo de informação - através de satélites que transmitem informação a nível mundial -, permitindo que pessoas tenham conhecimento, em tempo real, do que se passa em outros países.<sup>2</sup>

Barbosa traz que:

Na virada do século XX para o XXI, por meio da televisão e da internet, temos acesso a notícias e a informações transmitidas em tempo real, ou seja, no próprio momento em que os eventos se manifestam. Assim, podemos acompanhar de forma quase instantânea, em vários lugares do mundo, o encontro histórico entre presidentes da Coreia do Sul e do Norte, a cotação do euro em relação ao dólar, as oscilações nas Bolsas de qualquer lugar do planeta, o conflito entre palestinos e israelenses, o lançamento do novo modelo de automóvel da Volkswagen ou mesmo questões menos importantes, e de interesse estritamente pessoal, como a temperatura na Suécia ou os preços de hotéis na Cidade do México.<sup>3</sup>

Como se vê, as mudanças trazidas pela globalização alteraram o cotidiano mundial, pois houve um avanço político, tecnológico e cultural com a propagação dos meios de telecomunicação no final da década de 1960.<sup>4</sup>

Santiago e Campello postulam que: “[...] aumento vertiginoso da população nacional, duas guerras mundiais, o êxodo rural, a emancipação

---

1 SOLA, Diogo Diniz Lopes. *Globalização e a crise do estado moderno: perspectivas e desafios do desenvolvimento sustentável*. Curitiba: Juruá. 2015. p. 30.

2 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrol*. 6. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record. 2007. p. 21.

3 BARBOSA, Alexandre de Freitas. *O mundo globalizado*. 5. ed. São Paulo: Contexto. 2015. p. 9.

4 GIDDENS, op. cit. p. 21.

da mulher, os avanços tecnológicos, o desenvolvimento da medicina, o poder da mídia, o surgimento da internet [...]”<sup>5</sup>, são fatores decorrentes do processo de mudanças trazidas pela globalização.

Essas alterações acabaram com as barreiras, fronteiras, mudando-se o sentido de espaço geográfico<sup>6</sup>, possibilitando uma comunicação tão avançada que uma pessoa localizada na América do Sul se comunica com outra no Oriente através das chamadas webcan. Fator revolucionário, uma vez que tal comunicação, até então, só seria possível por meio de telefone ou carta, sem quaisquer dos benefícios trazidos com as novas tecnologias criadas no mundo globalizado.

Para Wald:

Essa nova fase de transição da humanidade, ligada a modificações tecnológicas, como as decorrentes do uso do computador, das novas formas de energia e da modernização dos sistemas de transporte e comunicações, e a implantação das recentes estruturas comerciais e financeiras, enseja a globalização da economia mundial e enfatiza a importância crescente da empresa como coração da vida econômica e social da sociedade contemporânea.<sup>7</sup>

Bauman ainda descreve que “com o tempo de comunicação implodindo e encolhendo para insignificância do instante, o espaço e os delimitadores de espaço deixam de importar, pelo menos para aqueles cujas ações podem se mover na velocidade da mensagem eletrônica.”<sup>8</sup>

Constata-se que com essa redução de espaço no tempo a comunicação e o conhecimento passaram por uma grande mudança, a qual Giddens bem ilustra: “[...] Nelson Mandela é mais conhecido para nós do que o nosso próprio vizinho de porta [...]”<sup>9</sup>.

---

5 SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. *Função solidária: a terceira dimensão dos contratos*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7283518d47a05a09>> Acesso em: 20 maio 2016. p. 2.

6 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as consequências humanas*. Tradução de Marcus Prenchel. Rio de Janeiro: Zahar. 1999. p. 19.

7 WALD, Arnoldo. Novas perspectivas da empresa - (vistas por um advogado). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 1, p. 39 – 50, dez. 2010. p. 39.

8 BAUMAN, op. cit. p. 20.

9 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado*. 6. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro. Record. 2007. p. 22.

Assim, a globalização foi de suma importância para as grandes alterações na comunicação e na chamada sociedade de informação, culminando na criação da rede mundial de computadores.

Segundo Bauman:

[...] o aparecimento da rede mundial de computadores pôs fim – no que diz respeito à informação – à própria noção de “viagem” (e de “distância” a ser percorrida), tornando a informação instantaneamente disponível em todo o planeta, tanto na teoria como na prática.<sup>10</sup>

Como forma de tentar conceituar o fenômeno da globalização, Barbosa elucida:

A globalização caracteriza-se, portanto, pela expansão dos fluxos de informações – que atingem todos os países, afetando empresas, indivíduos e movimentos sociais –, pela aceleração das transações econômicas – envolvendo mercadorias, capitais e aplicações financeiras que ultrapassam as fronteiras nacionais – e pela crescente difusão de valores políticos e morais em escala universal.<sup>11</sup>

Tecidas breves considerações acerca do fenômeno da globalização, necessário adentrar na teoria da empresa, ponto de grande importância, que está ligado com a globalização e os meios virtuais.

## 2 TEORIA DA EMPRESA E A FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA

Como se pode verificar, as transformações desencadeadas pela globalização atingiram diferentes aspectos da sociedade mundial e, no caso da empresa ou teoria da empresa, não foi diferente; vez que, com a evolução das relações comerciais – em determinado momento histórico – adotou-se o sistema francês da teoria da empresa, o qual teve seu ponto inicial através dos “atos de comércio”.

Coelho discorre sobre:

A elaboração doutrinária fundamental do sistema francês é a teoria dos atos do comércio, vista como instrumento de objetivação do tratamento

---

10 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as consequências humanas*. Tradução de Marcus Prenchel. Rio de Janeiro: Zahar. 1999. p. 22.

11 BARBOSA, Alexandre de Freitas. *O mundo globalizado*. 5. ed. São Paulo. Contexto. 2015. p. 12-13.

jurídico da atividade mercantil. Isto é, com ela, o direito comercial deixou de ser apenas o direito de uma certa categoria de profissionais, organizados sem corporações próprias, para se tornar a disciplina de um conjunto de atos que, em princípio, poderiam ser praticados por qualquer cidadão.<sup>12</sup>

No Brasil o direito comercial passou a ter força, segundo Mamede, em:

[...] 1850, a Lei 556, criando o Código Comercial Brasileiro e, assim, adotando a Teoria dos Atos do Comércio, nos moldes do Código Comercial francês. Estabeleceu-se assim, também no Direito Brasileiro, uma dicotomia no Direito Privado, entre Direito Civil e Direito Comercial.<sup>13</sup>

Contudo, como tudo muda com o tempo, o direito comercial também se alterou com interferência da globalização. Nesse contexto, com a edição das novas constituições o Código Comercial de 1850 tornou-se obsoleto em partes, pois já não conseguia mais regular as mudanças trazidas pelas novas tecnologias e tendências do mercado empresarial.

Diante disso, em 2002 entrou em vigor o novo Código Civil que, com influências italianas, adotou a teoria monista, onde houve a unificação das obrigações,<sup>14</sup> trazendo em seus artigos um livro específico para tratar da teoria da empresa<sup>15</sup>.

Assim, a nova teoria da empresa teve foco, segundo Nery e Nery Junior, na “[...] atividade organizada, de natureza privada, com objetivo de produção ou de circulação de bens e serviços no mercado”<sup>16</sup>.

Uma visão diferente do que era antes, pois essa alteração atingiu a figura do empresário, pessoa responsável pela criação e administração da empresa, incumbido de exercer a atividade econômica de forma organizada

12 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. v. 1, 12. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 12.

13 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. v. 1, 7. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 18.

14 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 998.

15 TADDEI, Marcelo Gazzì. *O Direito Comercial e Novo Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3004/o-direito-comercial-e-o-novo-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 27 maio 2016.

16 NERY op. cit. p. 999.

para a produção ou circulação de bens ou de serviços - artigo 966 do CC/2002.

Nessa linha Coelho conceitua empresário como:

[...] a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto a física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes.<sup>17</sup>

As constantes mudanças ocasionadas pelo avanço tecnológico também alteraram o contexto jurídico da teoria da empresa, que passou e passa por mudanças no âmbito do direito.

Entretanto, após trazer uma base dessa evolução importante, é preciso mostrar o papel que a teoria da empresa tem que desenvolver na nova sociedade da informação, à luz dos princípios-bases da função social e solidária da empresa.

A função social da empresa não vem especificada dentro dos artigos do livro de direito de empresa, no entanto, está previsto, de forma expressa, na Constituição Federal de 1988, a limitação da iniciativa privada e da propriedade, a dignidade da pessoa (art. 1º, III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), a solidariedade social (art. 3º, I), a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III)<sup>18</sup>, normas que dão vida a função social da empresa.

Ademais, passando os olhos nos artigos 4º21: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”; e 1.228, §1º: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna e as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”, do Código Civil, denota-se consonância com a orientação constitucional.

17 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. v. 1. 12. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 63.

18 SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.119-143, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p119. ISSN: 2178-8189. p. 128.

A propósito, Santiago e Campello discorrem:

Instituto correlato à função social do contrato, e também à função social da propriedade, é o da função social da empresa, embora este último não tenha recebido menção no Código Civil. Na realidade, esses três princípios são aplicações do princípio da socialidade a áreas específicas do direito, daí a conexão entre eles.<sup>19</sup>

Dessa forma, não se pode mais falar em empresa sem que haja a preocupação com a sua função social e solidária – atualmente muito cobrada –, pois a finalidade é de que a empresa cumpra com sua verdadeira função social perante a sociedade atual, ainda que isso gere um risco legal, vez que, conforme esclarece Giddens, “[...] uma plena aceitação do risco é a própria fonte daquela energia que gera riqueza numa economia moderna”<sup>20</sup>.

Acerca dessa nova orientação leciona Arnoldi:

Estamos nos referindo a instituições com poderes ainda não completamente conhecidos, mas que já se revelam poderosíssimas e têm ganho, repetidamente, poder de barganha perante os Estados. A empresa, tal qual a concebemos hoje, não é mais uma mera produtora ou transformadora de bens que coloca no mercado. É, antes de tudo, um poder. Representa uma força socioeconômico-financeira determinada, com uma enorme potencialidade de emprego e expansão que pode influenciar, de forma decisiva, o local em que se encontra. Com esse poder que hoje lhe é inerente, pergunta-se se não seria justo a mesma arcar com um papel social pré-determinado pela comunidade. A empresa moderna cada vez mais obtém para si funções antes inerentes ao Estado, que perde parcela considerável de sua soberania perante os possíveis benefícios trazidos pela empresa, que detém um poder constantemente intensificado perante a administração superior do país.<sup>21</sup>

Ainda, há se ter que a função social da empresa, mesmo não estando expressa, é aplicada, pois o contrato e a propriedade estão ligados com a empresa e “desse entendimento por si só já seria possível deduzir a função

19 SANTIAGO; CAMPELLO, op. cit., p. 121.

20 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolé*. 6. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record. 2007. p. 34.

21 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de Direito Privado*. v. 1, p. 387 – 395, dez. 2010. p. 389-390.

social do contrato e da empresa, uma vez que se trata de institutos ligados à circulação da propriedade<sup>22</sup>.

Nessa linha Mamede vem assim tratar sobre o tema:

O princípio da função social da empresa é metanorma que tem essa matriz, demandando seja considerado o interesse da sociedade, organizada em Estado, sobre todas as atividades econômicas, mesmo sendo privadas e, destarte, submetida ao regime jurídico privado. Embora tenha finalidade imediata de remunerar o capital nela investido, atendendo ao interesse de seu titular ou dos sócios do ente (sociedade) que a titulariza, a atividade comercial atende igualmente ao restante da sociedade.<sup>23</sup>

Dessa forma, visto a função social da empresa, passa-se a função solidária, a qual, segundo Cardoso:

O princípio da solidariedade, pois, antes de ser princípio, orienta o direito em um sentido de valor, revela que o reconhecimento da dignidade é uma forma de preservação da vida e da liberdade com igualdade, e, se assim é, preceitos como justiça, ética e valor da pessoa humana constituem a base fundamental para que o direito opere, de fato, como fator de transformação social.<sup>24</sup>

Nessa esteira, o princípio da solidariedade foi incluído no âmbito do chamado estado social, passando a se preocupar com a coletividade, no chamado bem comum de todos, prevalecendo esse sobre o individual, visando sempre o direito maior que é o da dignidade da pessoa humana<sup>25</sup>.

Importante contribuição acrescenta Souza Neto quando esclarece: “[...] Socialidade: por esse princípio, tem-se que o exercício dos direitos deve ser contextualizado mais num plano social, de respeito ao interesse

---

22 SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.119-143, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p119. ISSN: 2178-8189. p. 128.

23 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. V. 1. 7. ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 47.

24 CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. *Revista Direito Mackenzie*, v. 6, n. 1, p. 10-29. p. 14.

25 GOMES, Daniela Vasconcelos. A evolução do sistema do direito civil do individualismo à socialidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 32-63, jul./set. 2006. p. 45.

comum e geral, do que num plano meramente individual, considerado apenas o interesse de seu titular. [...]”<sup>26</sup>.

As novas orientações da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002 trouxeram para o mundo jurídico uma mudança de paradigma, colocando os direitos da sociedade - ou chamados coletivos - em primeiro lugar, sempre acima do interesse do indivíduo, de forma que se impõe a análise antecipada de prejudicialidade de qualquer ação - nessa linha assumindo um papel de cooperação -, visando uma responsabilidade social e primando sempre pela igualdade substancial entre todos<sup>27</sup>.

Dessa maneira, Gama Bartholo:

Com a finalidade de consolidar a noção de função social na seara empresarial, garantindo-lhe a efetividade e a coercitividade inerentes às normas jurídicas, torna-se imprescindível discernir seu conceito de um outro igualmente em voga atualmente, que é o de responsabilidade social, ainda desprovida esta, enquanto integração voluntária de preocupações sociais por uma empresa em suas operações, da devida coercibilidade necessária para a exigência de sua observância. Efetivamente, a responsabilidade social, expressão do que alguns convenciam designar de *cidadania empresarial*, corresponde a uma recente etapa de maior conscientização do empresariado no que diz respeito aos problemas sociais e ao seu potencial papel na resolução dos mesmos, principalmente em virtude da crescente falta de capacidade e de credibilidade do Estado na busca da eliminação daqueles.<sup>28</sup>

A função solidária é, portanto, uma orientadora do direito, pois busca o reconhecimento da dignidade e da ética da pessoa humana, fornecendo uma maior facilidade para que o direito opere em busca da transformação social, garantindo uma maior igualdade entre as pessoas<sup>29</sup>.

Com esse breve comentário sobre pontos importantes da empresa, passa-se a tratar dos novos modelos empresariais criados com a globalização, a saber, as empresas nos meios virtuais.

<sup>26</sup> SOUZA NETO, Mello João Baptista de. *Direito civil*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.20-21.

<sup>27</sup> CARDOSO, op. cit., p. 12.

<sup>28</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, v. 2, p. 101 - 124, dez. 2010. p. 106-107.

<sup>29</sup> CARDOSO, op. cit., p. 14.

### 3 EMPRESAS E OS MEIOS VIRTUAIS

A globalização, ligada aos grandes fatos da história mundial, criou uma nova sociedade, a cada dia mais evoluída, exigindo que a informação seja acessível em tempo real, pois o imediatismo passou a tomar conta das pessoas na constante correria do dia a dia.

Não estamos em um mundo com os carros voando, porém sob os efeitos da globalização a sociedade evoluiu e muitos benefícios foram alcançados com a chegada dessa nova era.

Na chamada sociedade da informação ou, para os sociólogos, o tempo da pós-modernidade ou “modernidade líquida,”<sup>30</sup> o ser humano está vivendo com um novo modelo de informação, ou seja, a chegada dos novos meios de telecomunicação e o acesso facilitado à informação permitem a criação de novas formas de exploração da atividade econômica, tanto para as empresas que criam as novas tecnologias, como as que se utilizam dessa ferramenta para melhorar seus resultados no mercado.

O primeiro passo para essa nova mudança ocorreu com a difusão da televisão como meio de telecomunicação, a qual possibilitou ligar as informações de um país ao outro.<sup>31</sup> Porém essa mudança ficou muito mais valiosa com a criação da internet que, segundo Scherkerkewitz, é:

[...] constituída por uma rede de computadores que estão conectados por linhas telefônicas, fibra óticas, cabos submarinos, satélites etc. e vinculam Universidades, Governos, empresas e milhões de pessoas, independentemente de fronteiras geográficas.<sup>32</sup>

Para Scherkerkewitz a internet surgiu para ser utilizada como uma nova forma de comunicação entre militares americanos, para funcionar mesmo sem que qualquer outro tipo de meio de comunicação estivesse presente<sup>33</sup>, no entanto ganhou outros contornos.

---

30 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as consequências humanas*. Tradução de Marcus Prenchel. Rio de Janeiro: Zahar. 1999.

31 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrol*. 6. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record. 2007.

32 SCHERKERKEWITZ, Ivo Chaitz. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 14.

33 *Ibidem*, p.15.

E uma nova realidade foi lançada, mudou o mundo, e a expressão espaço, que antes era vista como empecilho para contatar alguém do outro lado do planeta, já não existe mais, pois segundo Bauman, “as distâncias já não importam, ao passo que a ideia de uma fronteira geográfica é cada vez mais difícil de sustentar ao mundo real”.<sup>34</sup>

Essas novas alterações também foram percebidas pelas empresas, que passaram a se preocupar muito mais como esse novo terreno, muito promissor e lucrativo.

Dessa forma, surgiram novas potências econômicas no ramo da informática, como a Microsoft, Apple, etc. Ainda brotaram as empresas online ou que atuam pela frequência de rede como Facebook, Google, Instagram, WhatsApp, Flickr e Yahoo. Empresas que fazem fortunas operando nessa nova forma de fonte econômica trazida com a globalização.

Ademais, além dessas empresas, empresas de diferentes ramos passaram a se aproveitar da mais nova e importante ferramenta do mercado, a internet, e aumentaram suas possibilidades de obtenção de lucro através da criação de lojas virtuais, nas quais o consumidor pode comprar sem sair de casa e com apenas um clique sobre o produto, mudando conceitos anteriores do chamado “fio do bigode”, “preto no branco” e “contrato assinado” para os contratos eletrônicos.

Uma nova forma, ou ferramenta de negócio para a empresa que, se usada com os cuidados da função social e solidária, poderão gerar muitos lucros.

Para que exista a aplicação da função social e solidária da empresa no ambiente virtual da internet é preciso que as mesmas sigam as regras existentes no ordenamento jurídico. Dentre as quais se encontra a Lei 7.962/13, a qual trata, em seu artigo 1º, sobre as contrações no comércio eletrônico, visando com que as empresas que atuam no ramo virtual forneçam informações claras dos produtos e dos serviços, mantendo atendimento facilitado ao consumidor e respeito ao direito de arrependimento.<sup>35</sup>

---

34 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as consequências humanas*. Tradução de Marcus Prenchel. Rio de Janeiro. Zahar. 1999. p. 19.

35 BRASIL. *Decreto 7.962 de 15 de março de 2013*: Regulamenta a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm)>. Acesso em: 25 maio 2016.

Outrossim, para que seja cumprida a função social da empresa é necessário ela empresa atue com boa-fé, pois como Scherkerkewitz destaca:

Como resultado das milhões de possibilidades que a internet nos abriu efetuamos compras sem conhecer o nosso parceiro comercial quer no momento da contratação, quer após a contratação, quer após a contratação.

[...]

Sem confiança não é possível que se estabeleça qualquer contato entre partes e o uso da Rede fica diminuído.<sup>36</sup>

Assim, cumpre a função social a empresa que observa ordenamento jurídico, na medida em que a relação empresa/consumidor já não é mais vista apenas em um panorama individual, mas de forma coletiva, pois os atos da empresa não podem ferir o anseio ou os direitos sociais.

No entanto, de nada adianta o cumprimento da função social se nenhuma dessas empresas se preocuparem com sua função solidária da empresa, a qual, como esclarece Santiago e Capello:

[...] ultrapassa as raias da justiça comutativa, da igualdade formal, pois projeta os princípios da justiça distributiva e da justiça social, não implicando apenas dever positivo do Estado acerca das políticas públicas, mas, ainda, em deveres recíprocos entre os indivíduos, em prol do objetivo comum, os quais propiciam a própria dignidade individual.<sup>37</sup>

Atualmente para se tratar de empresa, imperioso se falar em sustentabilidade e o seu tripé econômico, social e ambiental.

Quanto à sustentabilidade, John a conceitua como: “[...] o princípio que assegura que nossas ações de hoje não limitarão a gama de opções econômicas, sociais e ambientais disponíveis para as futuras gerações”<sup>38</sup>. Sustentabilidade econômica tem direta ligação com o desenvolvimento sustentável, que segundo a Conferência Rio + 20 é o “[...] modelo que prevê a integração entre economia, sociedade e meio ambiente. Em outras palavras,

36 SCHERKERKEWITZ, Ivo Chaítz. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 37-38.

37 SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. *Função solidária: a terceira dimensão dos contratos*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7283518d47a05a09>>. Acesso em: 20 maio 2016. p. 18.

38 ELKINGTON, Jonh. *Sustentabilidade canibais com garfo e faca*. São Paulo: M. Books do Brasil. 2012. p. 52.

é a noção de que o crescimento econômico deve levar em consideração a inclusão social e a proteção ambiental.”<sup>39</sup>

Em linhas gerais, a sustentabilidade econômica tem enfoque principal, mas não exclusivo, no que tange à atuação das empresas, em três pilares: a sustentabilidade econômica; social e ambiental.<sup>40</sup>

Na aplicação desse tripé as empresas precisam se preocupar com todos esses requisitos, sob pena de não cumprir com a função solidária da empresa.

Como forma de melhor explicar a aplicação do tripé Jonh assim traz:

A atriz Brigitte Bardot foi mencionada como a segunda cidadã francesa mais famosa no mundo, depois do General de Gaulles. Sua contribuição para o pilar financeiro da indústria de filmes, St. Tropez, e para a própria economia francesa durante décadas, é inquestionável. Ela também ganha em termos da questão ambiental por participar de campanhas pelos direitos dos animais.

Dois pilares se fizeram evidentes, mas ainda resta um. Este é o problema. O símbolo sexual, que inspirou a imagem de Mariane, a figura feminina que simboliza a República Francesa, sofreu a injustiça de ter algumas de suas imagens retiradas da cidade e substituída por outras inspiradas em Catherine Deneuve. Apesar de suas contribuições econômicas e ambientais, a visão de Bardot sobre a imigração e o seu apoio ao Partido Nacional de extrema direita foram posturas que resultam na falta de apoio de seus defensores. Em resumo, a dimensão da justiça social a impediu de atingir um resultado vencedor do ponto de vista das dimensões que compõem os três pilares da sustentabilidade.<sup>41</sup>

Nessa linha, as empresas que atuam no ramo virtual devem também se preocupar, além de observar a função social - zelar pela aplicação da legislação em favor de todos -, com a função solidária, cuidando da sustentabilidade, através da proteção ao super-endividamento, meio

39 RIO + 20. *Conferência das Nações Unidas sobre o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <[http://www.rio20.gov.br/clientes/rio20/rio20/sobre\\_a\\_rio\\_mais\\_20/desenvolvimento-sustentavel.html](http://www.rio20.gov.br/clientes/rio20/rio20/sobre_a_rio_mais_20/desenvolvimento-sustentavel.html)>. Acesso em: 10 jun. 2015.

40 ELKINGTON, op. cit.

41 ELKINGTON, Jonh. *Sustentabilidade canibais com garfo e faca*. São Paulo: M. Books do Brasil. 2012. p. 30.

ambiente, das boas práticas e da preservação dos recursos naturais disponíveis.

Ou seja, devem garantir que a sobrevivência da empresa não coloque em risco a qualidade de vida das futuras gerações.

E não só, através do pilar social, devem ainda visar a chamada inclusão social, garantindo uma melhor qualidade de vida a todos, não fazendo distinções, fornecendo trabalho digno com o cumprimento das normas vigentes.

Nessa linha Cardoso discorre: “Somente com base no reconhecimento dos direitos do próximo que o ser humano poderá fazer da sociedade um ambiente propício à justiça e à segurança, e, para tanto, o comportamento de solidariedade é o caminho mais adequado”<sup>42</sup>.

Dessa forma, a empresa deve buscar sempre, tanto no meio físico como no meio virtual, desenvolver a sua função social e solidária, visando garantir que os contratos por ela realizados não afetem a coletividade e que a sua existência seja pela busca de um correto desenvolvimento econômico, gerando empregos, reduzindo as desigualdades regionais, trazendo uma valoração ao trabalho e proporcionando uma vida digna para as pessoas.

Ou, conforme Cardoso:

Em sendo assim, a solidariedade afirma um novo paradigma em que a sociedade civil interage para a evolução dignificante da humanidade, cabendo ao direito funcionalizar as ações individuais para o benefício social difuso das presentes e futuras gerações.<sup>43</sup>

Destarte, as empresas devem pensar em um bem futuro para as outras gerações, garantindo uma harmoniosa existência.

#### 4 CONCLUSÃO

O trabalho verificou as alterações trazidas pela globalização, que mudou, e muito, os sistemas de comunicação no mundo após a Segunda

---

42 CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. *Revista DIREITO MACKENZIE*, v. 6, n. 1, p. 10-29. p. 16.

43 *Ibidem*, p. 27.

Guerra Mundial e a Revolução Industrial, trazendo novas formas de comunicação, como a televisão em um passado próximo, e a internet, hoje tão comum, cuja velocidade de sua expansão, ultrapassa os índices atingidos pela televisão, uma vez que a substitui em muitos aspectos.

A internet liga milhões de pessoas no planeta terra, fazendo com que a notícia chegue em apenas um clique, e as compras feitas no “fio do bigode”, “preto no branco” são feitas ao pressionar um botão, mudando-se por completo o comportamento das empresas que aderiram a essa nova expectativa.

Analisou, ainda, uma breve evolução da empresa, desde o direito comercial até a teoria da empresa que, com as grandes mudanças inseridas pela Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, adotou um novo conceito para a teoria da empresa.

Nessa nova etapa, que incluiu os princípios da função social e solidária da empresa, base para a estruturação e desenvolvimento da atividade empresarial, as empresas não podem mais ficar restritas aos interesses de seus sócios, pois todos os contratos celebrados, bem como seu direito de propriedade devem ater-se à função social, não podendo lesar a coletividade em benefícios de seus sócios.

A função solidária, por seu turno, impõe que a empresa não se preocupe mais apenas com os seus lucros, mas passe a se preocupar com as mudanças ocasionadas no mundo por suas ações, visando o bem coletivo, evitando um desgaste para as futuras gerações com suas atitudes desenfreadas.

Ademais, demonstrou-se que as empresas virtuais vem mudando gradativamente a forma de atuar, conectando pessoas e exigindo maior qualificação de mão de obra de seus empregados.

Conclui-se, portanto, que o mundo vive sob nova forma organizacional, ou um novo formato de sociedade, a da informação, que está conectada a todos os cantos do planeta e oportuniza às empresas no Brasil e no mundo, sejam as que fornecem serviços, sejam as que fornecem produtos na rede a aproveitar a facilidade do consumo em apenas um clique, mas que, no entanto, devem se ater às legislações – v.g. Decreto Lei 7.962/13, que regula o comércio eletrônico, e a Lei 12.965/14, mais conhecida como Marco Civil da Internet - que tenta se adequar à rápida evolução que a internet produz.

**REFERÊNCIAS**

- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de Direito Privado*, v. 1 p. 387 – 395, dez. 2010.
- BARBOSA, Alexandre de Freitas. *O mundo globalizado*. 5. ed. São Paulo: Contexto. 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as consequências humanas*. Tradução de Marcus Prenchel. Rio de Janeiro: Zahar. 1999.
- BRASIL. *Decreto 7.962 de 15 de março de 2013*: Regulamenta a Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm)>. Acesso em: 25 maio 2016.
- CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. *Revista DIREITO MACKENZIE*, v. 6, n. 1. p. 10-29, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. V. 1. 12. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2008.
- ELKINGTON, Jonh. *Sustentabilidade canibais com garfo e faca*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2012.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. v. 2, p. 101 - 124, dez. 2010.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrol*. 6. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro; Record, 2007.
- GOMES, Daniela Vasconcellos, A evolução do sistema do direito civil do individualismo à socialidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 32-63, jul./set. 2006.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. v. 1, 7. ed. São Paulo: Atlas. 2013.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

PAESANI, Liliana Minardi. *O direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007.

PAESANI, Liliana Minardi. *O direito na sociedade da informação II*. São Paulo: Atlas. 2009.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p.119-143, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p119. ISSN: 2178-8189.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. *Função solidária: a terceira dimensão dos contratos*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7283518d47a05a09>>. Acesso em: 20 maio 2016.

SCHERKERKEWITZ, Ivo Chaitz. *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

SOLA, Diogo Diniz Lopes. *Globalização e a crise do estado moderno: perspectivas e desafios do desenvolvimento sustentável*. Curitiba: Juruá. 2015.

SOUZA NETO, Mello João Baptista de. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, p. 20-21, 2007.

TADDEI, Marcelo Gazzì. *O direito comercial e novo código civil brasileiro*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3004/o-direito-comercial-e-o-novo-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 27 maio 2016.

WALD, Arnaldo. Novas perspectivas da empresa - (vistas por um advogado). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 1 p. 39/50, dez. 2010.



RECEBIDO EM: 19/05/2017

APROVADO EM: 17/08/2017

# LAVAGEM DE CAPITAIS: REFLEXÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 2º, §2º E 17-D DA LEI Nº 9.613/98

*MONEY LAUNDERING: REFLECTIONS ON THE CONSTITUTIONALITY  
OF ARTICLES 2º, §2º AND 17-D OF LAW Nº 9.613/98*

*Jordan Tomazelli Lemos*

*Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)*

*Margareth Vetis Zaganelli*

*Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágio Pós-doutoral na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Influência internacional na produção legiferante brasileira sobre lavagem de capitais; 2 Lavagem de Dinheiro; 3 Fases que integram o processo de Lavagem de Capitais; 4 Finalidade da Lei nº 9.613/98; 5 Bens jurídicos tutelados; 6 Aspectos processuais (in)constitucionais;

6.1 (Im)possibilidade da suspensão do processo envolvendo crime de Lavagem de Capitais; 6.2 Afastamento do servidor público de suas funções; 7 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo busca reflexões acerca da constitucionalidade de normas que integram a Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98): art. 2º, §2º, que trata da impossibilidade de suspensão do processo em caso de ausência do réu nos termos do artigo 366 do CPP e; art. 17-D, que prescreve o imediato afastamento do servidor público indiciado por crime de lavagem de dinheiro. Por meio de metodologia qualitativa, utilizando pesquisa bibliográfica, aborda, inicialmente o tipo legal do crime de lavagem de capitais, bem como a finalidade e os bens jurídicos tutelados pela Lei nº 9.613/98. A seguir, descreve os aspectos processuais envolvendo o referido diploma legal. O trabalho busca ressaltar a opção do legislador em dar preferência a bens jurídicos coletivos em abstrato, mitigando certos direitos e garantias individuais do processo penal consagrados na Carta Magna.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lavagem de Capitais. Processo Penal. Ampla Defesa. Presunção de Inocência. Servidor Público. (In)Constitucionalidade.

**ABSTRACT:** This study reflects upon the constitutionality of norms of the Capital Laundering Law (Law nº 9.613/98): art. 2º, §2º, which deals with the impossibility of suspension of proceedings in the absence of the defendant in terms of article 366 of the CPP; art. 17-D, which prescribes the immediate dismissal of the civil servant charged for the money laundering crime. By using qualitative methodology with a bibliographical approach, the study aims at covering, initially, the legal type of capital laundering crime, as well as the purpose and legal goods protected by Law nº 9.613/98. As follows, it describes the procedural aspects involving the aforementioned legislation. The study seeks to emphasize the legislator's preference in giving legal collective goods in abstract, mitigating certain individual rights and guarantees in the criminal process secured by the Constitution.

**KEYWORDS:** Money Laundering. Criminal Procedure. Wide Defense. Innocence Presumption. Civil Servant. (In)Constitutionality.

## INTRODUÇÃO

A conduta criminalizada pela Lei nº 9.613/98 já é conhecida há décadas pelas autoridades públicas, inclusive de âmbito internacional, haja vista ser a expressão “lavagem de dinheiro” originária dos Estados Unidos (*money laundering*), onde historiadores relatam existir, desde a década de 1920, *gangsters* que se utilizavam de lavanderias na cidade de Chicago para despistar a origem ilícita do dinheiro, buscando justificar a natureza criminosa do montante arrecadado com a venda ilegal de drogas e bebidas.<sup>1</sup>

Mesmo que o *iter criminis* de tal atividade ilícita já seja amplamente combatido pelo Estado, a forma como tal combate se dá no Brasil ainda gera inúmeros debates perante a sociedade, isto por que, se de um lado tem-se a necessidade em punir o agente que pratica um crime de ampla repercussão na comunidade, por outro lado, tem-se um modelo de persecução penal limitado pela garantia aos direitos individuais previstos na Carta Constitucional de 1988.

Partindo desse diálogo entre a necessidade de punição e o respeito aos preceitos constitucionais, o presente estudo, por meio de metodologia qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica, analisará se o legislador, ao prever nos arts. 2º, §2º e 17-D o modo pela qual a ação penal envolvendo o crime de lavagem de capitais se desenvolve, respeitou ou não as limitações impostas pelos princípios da ampla defesa e da presunção de inocência.

### 1 INFLUÊNCIA INTERNACIONAL NA PRODUÇÃO LEGIFERANTE BRASILEIRA SOBRE LAVAGEM DE CAPITAIS

A criação de normas geralmente é precedida por um estudo aprofundado dos fatos no plano fenomênico aptos a implicarem em consequências jurídicas, analisando-se a maneira mais adequada a regular o comportamento social.

O nascimento da Lei nº 9.913/98 não se deu de forma diversa: a partir de experiências internacionais, o legislador ordinário internalizou práticas que já vinham sendo aplicadas em diversos países, objetivando o combate à lavagem desenfreada de capitais.

Em 1991, o então Presidente da República, Fernando Collor, através do Decreto nº 154, promulgou a Convenção de Viena de 1988 (Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias

1 STESENS, Guy. *Money/laundrying*. A new international law enforcement model. Cambridge: Cambridge Studies in international and Comparative Law, 2000. p. 82-83.

Psicotrópicas), encontro internacional que, ratificado e aprimorado posteriormente pela Convenção de Palermo em 1999 (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), objetivou a cooperação entre os Estados membros participantes para desestimular, por meio de sanções penais, a vantagem auferida por organizações criminosas com os ganhos decorrentes de atividades ilegais.

Tais Convenções foram essenciais para que os membros participantes reconhecessem o caráter prejudicial para o mercado financeiro causado pela inserção de valores de origem inidônea, ato que, se praticado por grandes corporações, enseja em desequilíbrio nas relações econômicas internas dos Estados.

Também fora criado em 1989 o Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI), ou *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FATF), que, inicialmente composto por Estados Unidos, França, Reino Unido, Alemanha, Itália, Japão e Canadá, busca a troca de informações e o aprimoramento das técnicas aptas à repressão da ocultação de bens e valores provenientes de atividades criminosas.<sup>2</sup>

Os esforços internacionais também mostraram interesse em apontar certas cautelas a serem imprimidas por instituições financeiras para que, a partir de um controle de movimentação orçamentária, fosse possível rastrear valores suspeitos de terem sido auferidos de operações ilícitas.

Acerca de produção interna, os Estados Unidos aprovou em 1986 norma que instituiu a lavagem de dinheiro como crime autônomo. Assim expõe André Callegari:

[...] a intenção do Congresso americano ao criar a lei foi justamente combater as brechas legais do sistema antecedente. Por isso, em todas as condutas descritas na seção 1.956 não há a previsão de valor mínimo das operações ou dos bens, permitindo a persecução penal sem a necessidade do estabelecimento de valor mínimo da operação realizada. Ademais, a lei americana penaliza a tentativa com o mesmo peso da consumação.<sup>3</sup>

2 *The Financial Action Task Force. Who we are/What we do.* Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/about/>>. Acesso em: maio 2017.

3 CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro.* São Paulo: Atlas, 2014. p. 70.

Assim, buscando seguir recomendações apostas por órgãos internacionais<sup>4</sup>, e, inspirado na legislação americana, surgiu em 03 de março de 1998, sob coordenação do então Ministro da Justiça Nelson Jobim, a Lei nº 9.613, que seria posteriormente alterada pela Lei nº 12.683/12.

## 2 LAVAGEM DE DINHEIRO

Conceitua-se a lavagem de capitais como uma complexidade de operações que visam ocultar/dissimular a origem ilícita de produtos de crime, para que tais bens e valores possam ser novamente inseridos no sistema financeiro nacional, desta vez, com caráter lícito. É por isso que uma vez enquadrado o agente na conduta tipificada pelo caput do art. 1º da lei em estudo<sup>5</sup>, sujeito estará à pena de reclusão que varia de 3 a 10 anos, e multa.

Ao abordar o tema, o Conselho de Controle de Atividades Financeira (COAF), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, descreve:

O crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.<sup>6</sup>

Já na definição de Marco de Barros:

Lavagem é o método pelo qual uma ou mais pessoas, ou uma ou mais organizações criminosas, processam os ganhos financeiros ou patrimoniais obtidos com determinadas atividades ilícitas. Sendo assim, lavagem de capitais consiste na operação financeira ou transação comercial que visa ocultar ou dissimular a incorporação, transitória ou permanente, na economia ou no sistema financeiro do país, de bens,

---

4 Itens 5, 6 e 7 da Exposição de motivos nº 692, de 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1/exposicao-de-motivos-da-lei-9.613>>. Acesso em: maio 2017.

5 Art. 1º: Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

6 *Conselho de Controle de Atividades Financeiras*. Lavagem de Dinheiro. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/sobre-a-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: nov. 2016.

direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultado de outros crimes, e a cujo produto ilícito se pretende dar lícita aparência.<sup>7</sup>

Verifica-se que o legislador pátrio buscou criminalizar uma conduta que é o meio pela qual um agente criminoso auferê tranquilamente os benefícios de sua infração penal, sendo objetivo do infrator financiar futuras atividades ilícitas ou gozar do que o sistema consumerista proporciona.

### 3 FASES QUE INTEGRAM O PROCESSO DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Sobre o tema, segue transcrição de lição do COAF acerca das três fases destinadas ao êxito da lavagem de capitais:

1. Colocação – a primeira etapa do processo é a colocação do dinheiro no sistema econômico. Objetivando ocultar sua origem, o criminoso procura movimentar o dinheiro em países com regras mais permissivas e naqueles que possuem um sistema financeiro liberal. A colocação se efetua por meio de depósitos, compra de instrumentos negociáveis ou compra de bens. Para dificultar a identificação da procedência do dinheiro, os criminosos aplicam técnicas sofisticadas e cada vez mais dinâmicas, tais como o fracionamento dos valores que transitam pelo sistema financeiro e a utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro em espécie.
2. Ocultação – a segunda etapa do processo consiste em dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. O objetivo é quebrar a cadeia de evidências ante a possibilidade da realização de investigações sobre a origem do dinheiro. Os criminosos buscam movimentá-lo de forma eletrônica, transferindo os ativos para contas anônimas – preferencialmente, em países amparados por lei de sigilo bancário – ou realizando depósitos em contas abertas em nome de “laranjas” ou utilizando empresas fictícias ou de fachada.
3. Integração – nesta última etapa, os ativos são incorporados formalmente ao sistema econômico. As organizações criminosas buscam investir em empreendimentos que facilitem suas atividades – podendo tais sociedades prestarem serviços entre

---

7 BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo à Lei nº 9.613/98. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 47.

si. Uma vez formada a cadeia, torna-se cada vez mais fácil legitimar o dinheiro ilegal.<sup>8</sup>

Verifica-se então que, primeiro busca o agente criminoso afastar o produto do crime da localidade onde se originou o ilícito, após perfaz uma série de operações financeiras visando ocultar das autoridades públicas os referidos bens e valores (compra e venda de ações em bolsa de valores, remessa para paraísos fiscais, etc.), caracterizando-se aqui a efetiva dissimulação do caráter ilícito que envolvia o bem. Por fim, reintegra ao mercado nacional o capital, desta vez já com aparência idônea, sendo que nesta fase, em razão do difícil rastreamento da origem ilícita, são mínimas as chances de o poder estatal ter sucesso na recuperação dos valores.

Destaca-se ainda que a consumação do delito de lavagem de capitais, já que se trata de um crime de ação múltipla<sup>9</sup>, independe da execução integral destas três fases, sendo o agente punido ainda que participe de apenas uma das etapas. O que se exige, é que o desígnio do transgressor seja pela reintegração do valor de origem dissimulada no sistema financeiro, lembrando ainda que a conclusão de todo o processo é entendida como mero exaurimento do crime em estudo.

#### 4 FINALIDADE DA LEI Nº 9.613/98

Para que se possa analisar as problemáticas envolvendo a lei que criminaliza a lavagem de dinheiro, deve-se abordar a razão pela qual tal legislação fora desenvolvida.

Conforme explica a doutrina, tal imperativo normativo surgiu objetivando desestimular as grandes atividades ilícitas, evitando que os grupos criminosos tirassem proveito do produto obtido mediante infração penal.

Renato Brasileiro assim explica o contexto histórico:

Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da Administração Pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a

8 *Conselho de Controle de Atividades Financeiras*. Fases da Lavagem de Dinheiro. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: nov. 2016.

9 BADARÓ, Gustavo. Lavagem de dinheiro: o conceito de produto indireto da infração penal antecedente no crime de lavagem de dinheiro. *Revista dos Tribunais*, v. 967/2016, p. 73/93, maio 2016, p. 2.

sociedade em todos os seus níveis, decidiu-se privar as pessoas dedicadas ao tráfico de drogas do produto de suas atividades criminosas e eliminar, pois, o principal incentivo a essa atividade. [...] a criminalização da lavagem de capitais surge, então, como importante meio de se controlar os fluxos financeiros provenientes daquela atividade ilícita.<sup>10</sup>

Nesse mesmo sentido, Cezar Bitencourt e Luciana Monteiro entendem que “por meio dessa previsão legal pretendeu-se abarcar todas as etapas do processo de lavagem de dinheiro, atendendo, assim, às recomendações internacionais para o efetivo combate a esse fenômeno criminoso.”<sup>11</sup>

Surge então uma reprimenda estatal visando o proveito do crime, criminalizando a conduta de quem ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

## 5 BENS JURÍDICOS TUTELADOS

Exposto o escopo legislativo, faz-se necessária a análise dos bens jurídicos tutelados pela Lei de Lavagem de Capitais para que seja feita uma comparação com os direitos individuais mitigados, onde a justificativa para tal supressão, segundo pode-se extrair da Exposição de Motivos 692/Ministério da Justiça, está na prevalência dos bens jurídicos a seguir demonstrados.

Uma primeira corrente doutrinária, hoje minoritária, mas que surgiu num momento em que os crimes antecedentes da lavagem de capitais possuíam um rol taxativo, prega que o bem jurídico infringido pela lavagem de dinheiro seria o próprio bem jurídico ofendido na prática do crime que originou o produto ilícito, ou seja, está-se aqui diante de uma necessária remissão. Por exemplo, sendo o ilícito antecedente o tráfico de entorpecentes, uma suposta lavagem de capitais estaria infringindo a própria Saúde Pública.

Outra posição defende que o bem jurídico tutelado pela lei em análise seria a Administração da Justiça, isto porque a prática de lavar dinheiro torna ainda mais difícil a tarefa estatal de recuperar o produto oriundo de atividade criminosa, sendo uma afronta direta aos preceitos

<sup>10</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodvm, 2015. p. 286.

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem De Dinheiro Segundo A Legislação Atualizada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 102, p. 163/220, p. 10, maio/jun. 2013.

sociais. Defensor desta corrente, aduz Roberto Podval que “o crime de lavagem seria uma espécie de favorecimento real, criada para proteger a administração da Justiça, que se encontra incapaz de punir os responsáveis pelos crimes antecedentes, em razão do auxílio prestado aos criminosos.”<sup>12</sup>

Já a corrente majoritária defende que o bem jurídico tutelado seria a Ordem Econômico-Financeira, tendo em vista que haveria uma deslealdade entre empresas que agem de acordo com os ditames legais e empresas que se valem de capitais oriundos de atividades ilícitas para fomentar suas performances no mercado.

Este posicionamento é assim explicado por Renato Brasileiro:

[...] funciona a lavagem como obstáculo à atração de capital estrangeiro, afetando o equilíbrio do mercado, a livre concorrência, as relações de consumo, a transparência, o acúmulo e o reinvestimento de capital sem lastro em atividades produtivas ou financeiras lícitas, turbando o funcionamento da economia formal e o equilíbrio entre seus operadores. Representa, enfim, um elemento de desestabilização econômica.<sup>13</sup>

Ainda que majoritária, tal corrente doutrinária não escapa às críticas, pois admitir que o bem jurídico tutelado é a Ordem Econômico-Financeira é presumir que todo o capital ilícito cuja origem fora dissimulada será destinado às negociações empresárias, novamente aponta Roberto Podval que “para tanto, seria necessário que se fizesse um juízo de ‘adivinhação’: necessariamente, partir-se-ia da premissa (nem sempre verdadeira) de que o dinheiro fruto da lavagem irá efetivamente alterar a circulação dos bens no mercado.”<sup>14</sup>

Uma quarta corrente defende que haveria uma pluriofensividade a bens jurídicos.<sup>15</sup> Haveria casos em que se buscaria tutelar a Administração da Justiça e o bem jurídico a ser tutelado no crime antecedente ou estar-se-ia

12 PODVAL, Roberto. O Bem Jurídico do Delito de Lavagem de Dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, p. 209 - 222, out./dez. 1998. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, v. 4, p. 1023 - 1041, Jul. 2011. p. 7-8.

13 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada - Salvador: JusPodvm, 2015. p. 295.

14 PODVAL, Roberto. O Bem Jurídico do Delito de Lavagem de Dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, p. 209 - 222, out./dez. 1998. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, v. 4, p. 1023/1041, jul. 2011. p. 5.

15 FRANCO, Alberto Silva et ai. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. v. 1, São Paulo: RT, 2001. p. 2099.

perquirindo a proteção à Ordem Econômico-Financeira e à Administração da Justiça, dentre outras combinações possíveis.

Seguindo tal entendimento, segue lavra de Guilherme Nucci:

O objeto jurídico é complexo, envolvendo a ordem econômica, o sistema financeiro, a ordem tributária, a paz pública e a administração da Justiça. Quem oculta o dinheiro proveniente, por exemplo, da extorsão mediante sequestro ou converte tal montante em ativo lícito, por operações financeiras, acaba impedindo o Estado de descobrir o destino dos bens, valores e direitos originários das infrações antecedentes (por vezes, impossibilita, até mesmo, que o Estado descubra a materialidade e a autoria dos delitos precedentes), mas, também, impede o recolhimento de tributo sobre valores ocultos, pode afetar o sistema financeiro, quando há evasão de divisas de maneira camuflada, promove, por vezes, a formação de grupos econômicos mais fortes que outros, justamente por serem abastecidos por dinheiro de origem ilícita, perturbando a economia, além de instigar a formação de organizações criminosas, pelo ganho fácil, lesando a paz pública.<sup>16</sup>

Vê-se que independente da corrente adotada, os bens jurídicos se referem a uma coletividade, onde a sociedade estaria sendo afetada por uma conduta de camuflar a origem ilícita de certos valores ou bens.

É com esta premissa que será analisado se realmente é necessário suprimir certas garantias individuais em prol de uma persecução penal sem a observância de certos preceitos constitucionais.

## 6 ASPECTOS PROCESSUAIS (IN)CONSTITUCIONAIS

Chega-se ao momento em que se deve extrair do texto legal as disposições que segundo majoritária doutrina, afrontam diretamente a Constituição Federal. São prescrições que atingem a direitos e garantias fundamentais.

Pode-se observar que o conteúdo material da Lei de Lavagem de Capitais busca tutelar situações em que, principalmente, grandes organizações criminosas se valem de atividades complexas para ocultar a origem ilícita de certos bens e capitais, buscando reintegrar os valores com caráter lícito, já dissimulado, para o mercado financeiro nacional.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais*. 8. ed. revisada, atualizada e ampliada, v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 453-454.

Tal razão de ser da norma, em nada afronta às garantias já conquistadas e postuladas no direito brasileiro. O que realmente é objeto de crítica no presente estudo, é o aspecto processual que envolve a perseguição penal e consequente punição daqueles que são enquadrados como infratores às disposições previstas na Lei nº 9.613/98.

Deve-se ter em mente a premissa que o processo penal brasileiro segue as diretrizes firmadas pelos direitos fundamentais, base para interpretação das normas infraconstitucionais, prevalecendo assim, os postulados essenciais para um ordenamento jurídico atrelado a um Estado Democrático de Direito: proibição do excesso e máxima efetividade dos direitos fundamentais.<sup>17</sup>

Conforme regramento encontrado no Código de Processo Penal pátrio, o procedimento a ser instaurado para apuração de crimes envolvendo lavagem de dinheiro será o ordinário<sup>18</sup>, haja vista ser a conduta punida com pena máxima abstrata superior a 4 anos de reclusão (art. 394, §1º, I do CPP<sup>19</sup>).

Verifica-se então que as etapas a serem seguidas no rito processual são: a) oferecimento da denúncia; b) juízo de admissibilidade da exordial (rejeição ou recebimento); c) citação do acusado em caso de recebimento da peça acusatória; d) apresentação de resposta à acusação; e) possibilidade de absolvição sumária; f) designação de audiência de instrução e julgamento.<sup>20</sup>

Primeira adversidade surge no item “a” retro, onde será questionada situação que antecede o oferecimento da denúncia, quando o indiciado é servidor público. Outra problemática está presente no item “c”, cuja análise será melhor desenvolvida a seguir.

## **6.1 (IM)POSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO DO PROCESSO ENVOLVENDO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS**

O art. 2º, §2º da Lei nº 9.613/98 dispõe que em crimes envolvendo lavagem de capitais não será aplicado o regramento previsto no art. 366

17 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 9. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Atlas, 2015. p. 32.

18 Art. 2º, I da Lei nº 9.613/98: o processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular.

19 Art. 394: O procedimento será comum ou especial. §1o: O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo. I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade.

20 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. atualizada e ampliada, Salvador: JusPodvm, 2015, p. 351.

do Código de Processo Penal, havendo o regular curso do processo ainda que o réu não compareça nem constitua patrono.<sup>21</sup>

Inaugurando a crítica ao dispositivo retro, expõe Luiz Flávio Gomes:

A proibição contida no art. 2º, §2º, de não aplicação do art. 366 do CPP para os crimes de lavagem de bens é absurda e inconstitucional [...]. Da inconstitucionalidade da proibição: cuida referido artigo (366), como sabemos, da suspensão do processo decorrente da citação por edital, desde que o acusado desaparecido não compareça nem constitua advogado. A garantia de ser informado o acusado do inteiro teor da peça acusatória é impostergável (v. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, que tem status constitucional, por força do art. 5º, §2º, da CF). Todos têm esse direito. Faz parte da ampla defesa. É garantia constitucional, logo, integra a parte rígida do princípio do devido processo penal. Não pode, em consequência, ser suprimida pelo legislador infraconstitucional. Conclusão: o art. 2º, §2, da Lei nº 9.613/98 é mais um exemplo de lei que é um “não-direito”, de desconhecimento total do legislador dos seus limites. Ganhou vigência com sua publicação, mas não possui validade (v. Ferrajoli, “Diritto e Ragione”). Não é juridicamente válido. É um nada jurídico.<sup>22</sup>

O citado art. 366 do CPP regra em sua primeira parte que ficará suspenso o processo e o prazo prescricional se o acusado, citado por edital, não constituir defesa técnica nem se fazer presente nos autos.<sup>23</sup>

Verifica-se uma cumulação de requisitos para que possa ser suspenso o processo penal. Primeiramente, deve o acusado, que já não foi encontrado - o que difere de estar se furtando da comunicação do Oficial de Justiça - para sua respectiva citação pessoal, ter sido citado por edital, o que configura uma ciência ficta no ordenamento pátrio. Após, é condicionado o não comparecimento do réu nos autos, não havendo também a constituição de advogado para representá-lo tecnicamente.

Acerca da importância de tal dispositivo legal, segue lavra de Eugênio Pacelli:

21 Art. 2º, § 2º: No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.

22 GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. *Crime Organizado. Enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e política criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 357.

23 Art. 366: Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Construída em bases totalmente distintas, e já sob o pressuposto da ineficácia prática de toda citação ficta, a regra trazida pela Lei nº 9.271/96 é inteiramente mais benéfica que a anterior. E assim é porque exige a efetiva participação do acusado no processo, redimensionando o princípio da ampla defesa, de pouquíssima valia (ou quase nenhuma) nos processos de réus citados por edital. Na sua maioria, a defesa dativa exercita em tais processos quase nunca passou do simples comparecimento aos atos instrutórios, sem uma contribuição efetiva à causa defensiva.<sup>24</sup>

Verifica-se não haver razão lógica para ser inviabilizada a aplicação do art. 366 do CPP em crimes envolvendo a lavagem de capitais, isto porque, conforme já referenciado, haveria supressão ao direito à ampla defesa do réu, impossibilitando-o de apresentar sua versão sobre os fatos, ou seja, o parágrafo 2º do art. 2º da Lei nº 9.613/98 é clara afronta ao art. 5º, LV da Constituição Federal<sup>25</sup>, garantia considerada como internalização do disposto no art. 8º, §2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e imprescindível em qualquer processo.

Este direito fundamental garante que o réu possa, mediante meios adequados, argumentar e ver seus argumentos apreciados pelo juízo, é uma manifestação sobre os elementos fáticos e jurídicos que são objeto da respectiva ação penal.<sup>26</sup> Nota-se que a ampla defesa se materializa não só com a defesa técnica, mas também com a presença do acusado em todos os atos processuais.

E ainda não persiste o argumento trazido no item 63 da Exposição de Motivos 692/Ministério da Justiça, aduzindo o legislador que a referida vedação à aplicação do art. 366 do CPP:

Trata-se de medida de política criminal diante da incompatibilidade material existente entre os objetivos desse novo diploma legal e a macrocriminalidade representada pela lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores oriundos de crimes de especial gravidade. A suspensão do processo constituiria um prêmio para os delinquentes astutos e afortunados e um obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos que se desenvolvem em parceria com a lavagem ou a ocultação.

24 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. ed. 19. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Atlas, 2015. p. 621.

25 Art. 5º, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

26 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2015. p. 455.

Também defendendo o regular curso do processo, aponta Guilherme Nucci:

A especialidade imposta, em desacordo com o disposto pelo Código de Processo Penal, deve-se às particularidades do crime de lavagem de capitais. O autor dessa espécie de delito costuma fugir, evitar citação, utilizar-se de “laranjas” e “testas de ferro”, enfim, faz o possível para evitar a citação. Por isso, instituiu-se regra peculiar.<sup>27</sup>

Não assistem razão as posições retro, isto porque já há remédio processual para casos em que o réu está se furtando de sua respectiva citação para comparecimento em atos da ação penal, aplicando-se a chamada citação por hora certa, prescrita no art. 362 do CPP.<sup>28</sup>

Tal modalidade de ciência ocorre após não ter logrado êxito o Oficial de Justiça em citar pessoalmente o acusado, havendo fundada suspeita de ocultação.

Assim, verifica-se que houve um equívoco do legislador na aplicação dos institutos, justificando o seguimento do processo em uma situação que seria passível de citação por hora certa. O erro do legislador consistiu em presumir que as causas que ensejam a citação por edital são idênticas às que dão ensejo a aplicação da citação por hora certa, grave confusão que compromete seriamente a ampla defesa do acusado que, repita-se, não foi citado pessoalmente por não ter sido encontrado, apenas, não havendo neste caso, suspeita de ocultação ou má-fé em relação à referida comunicação.

Também não subsiste o argumento de que a suspensão do processo geraria impunidade ao suposto infrator, isto porque, da redação do dispositivo que prescreve a suspensão do processo, constata-se que o curso do prazo prescricional também é suspenso, aplicando-se neste caso a Súmula 415 do STJ: “o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.” Ou seja, decretada a suspensão do processo e decorrido o prazo de prescrição relativo à pena máxima em abstrato cominada ao crime de lavagem de dinheiro<sup>29</sup>, o processo voltaria a correr, aí sim, voltando o prazo prescricional a fluir normalmente.

---

27 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais*. 8. ed. revisada, atualizada e ampliada, v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 462.

28 Art. 362: Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - *Código de Processo Civil*.

29 Art. 109, II do CP: a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [...] em dezoito anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze.

Ainda criticando o seguimento do processo com a nomeação de um defensor dativo (parte final do parágrafo 2º em análise), dispõe Marco de Barros:

O prosseguimento do processo até final sentença, em ação penal na qual o réu foi fictamente citado, nos remete a um longo período de produção em série de condenações de réus revéis. Camuflava-se a efetividade das garantias do contraditório e da ampla defesa com o chamado faz-de-conta. Faz-de-conta que o réu tem ciência da existência da ação penal; faz-de-conta que a sua defesa - ainda que elaborada em termos técnicos -, é a melhor; faz-de-conta que todas as providências tendentes ao estabelecimento da verdade foram determinadas e realizadas, enfim, faz-de-conta que o processo criminal, assim concluído, não representa uma séria restrição à defesa de mérito.<sup>30</sup>

Nesta baila, defendendo a impropriedade trazida pelo art. 2º, §2º da Lei nº 9.613/98, segue lavra de Renato Brasileiro:

A ausência do acusado citado por edital, com a subsequente suspensão do processo, jamais funcionará como um prêmio ou obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos relacionados à lavagem de capitais. A uma, porque o próprio art. 366, além de impor a suspensão da prescrição, pesado fardo que recai sobre o acusado que se encontra em local incerto e não sabido, possibilita que o juiz determine a produção antecipada das provas consideradas urgentes, além de estar autorizado a decretar sua prisão preventiva, desde que presente uma das hipóteses listadas no art. 312 do CPP. A duas porque ao juiz é deferido o poder de determinar a execução de medidas assecuratórias (Lei nº 9.613/98, art. 4º, caput), salvaguardando, assim, a eficácia do processo principal, com a ressalva de que a restituição dos bens só poderá ser deferida com o comparecimento pessoal do acusado (art. 4º, § 3º, da Lei 9.613/98). A três porque, consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 460.971, a prescrição deve permanecer suspensa por prazo indeterminado, afastando-se, assim, eventual argumento no sentido de que a aplicação do art. 366 seria sinônimo de impunidade.<sup>31</sup>

Conclui-se que não há outro caminho que não retirar a controversa norma do sistema, aplicando-se o art. 366 do CPP também em processos que envolvam lavagem de capitais.

30 BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei nº 9.613/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 226.

31 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodvm, 2015. p. 390.

## 6.2 AFASTAMENTO DO SERVIDOR PÚBLICO DE SUAS FUNÇÕES

Outra norma que gera polêmica no âmbito doutrinário, é aquela que determina desde logo o afastamento do servidor público de suas funções, quando o mesmo houver sido indiciado por crime tipificado na Lei de Lavagem de Capitais, trata-se do art. 17-D<sup>32</sup>, dispositivo inserido pela Lei nº 12.683/12.

A doutrina especializada<sup>33</sup> defende ser tal dispositivo inconstitucional em razão da não observância do princípio da presunção da inocência, não sendo crível que uma decisão de autoridade policial seja capaz de afastar o servidor público de suas atividades oriundas do cargo que ocupa.

Acerca de tal impropriedade, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) ajuizou no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4911, ainda em trâmite), argumentando que o dispositivo supra fere diretamente o art. 5º, LVII da Constituição Federal.<sup>34</sup>

Tal direito fundamental foi inserido na Carta Magna para que fosse garantido ao investigado ou denunciado não sofrer as consequências jurídicas de seu suposto ato antes de uma sentença criminal transitada em julgado.<sup>35</sup>

Neste aspecto, em que pese as considerações elencadas, são infundados os argumentos daqueles que defendem estar o art. 17-D da Lei nº 9.613/98 maculado por inconstitucionalidade.

Sustentar que uma norma é inconstitucional simplesmente porque está se aplicando uma restrição de direitos sem o devido trânsito em julgado, sem analisar o integral contexto em que a norma está inserida, vai de encontro a toda sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

A uma, porque a aplicação de medidas antes da transitada condenação já é comum ao processo penal brasileiro, vide a prisão preventiva prevista no art. 312 do CPP<sup>36</sup>, onde o indiciado ou réu vê sua liberdade restringida

32 Art. 17-D: Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno.

33 Por exemplo: LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada, Salvador: JusPodvm, 2015. p. 480 e; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Atlas, 2015. p. 514.

34 Art. 5º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

35 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2015. p. 539.

36 Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova

por estar diante de em um contexto em que sua liberdade plena colocaria em risco certos bens jurídicos. A outra, porque visa a norma ora em análise resguardar a administração pública de suposto infrator à lei que criminaliza a lavagem de capitais, crime dos mais complexos e de difícil desmantelamento do direito pátrio.

Não se está diante de uma medida arbitrária, sem qualquer relevância no âmbito social, há sim um afastamento, restrição a direitos individuais do indiciado, que visa à tutela ou pelo menos a prevenção de danos a bens jurídicos coletivos escolhidos pelo legislador.

Conforme já consolidado no direito pátrio, nenhum direito fundamental é absoluto. Deve-se respeitar as limitações de ordem ético-jurídica<sup>37</sup>, sendo assim, não se pode afirmar que a presunção de inocência prevista pela Constituição Federal é capaz de, isoladamente, garantir a não aplicação de medidas capazes de resguardar certas situações juridicamente relevantes.<sup>38</sup>

Neste sentido, valendo-se de entendimento do STF e colacionando que certas restrições a direitos em nada se relacionam com a execução provisória ou adiantamento da pena, ensina Gilmar Mendes:

[...] no caso da prisão cautelar, tem o Tribunal enfatizado que a sua decretação não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando jungida a pressupostos associados, fundamentalmente, à exitosa persecução criminal. [...] Tal como já observado, o princípio da não culpabilidade não obsta a que o legislador adote determinadas medidas de caráter cautelar, seja em relação à própria liberdade do eventual investigado ou denunciado, seja em relação a seus bens ou pertences.<sup>39</sup>

Há também quem argumente ser o afastamento do servidor público uma medida cautelar decretada sem o imperioso crivo do judiciário, justificando assim a inconstitucionalidade da norma.<sup>40</sup>

da existência do crime e indício suficiente de autoria.

37 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 533-534.

38 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Atlas, 2015. p. 49.

39 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 539 e 545.

40 Por exemplo: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Inconstitucionalidade do artigo 17 da lei de lavagem de Dinheiro*. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937778/inconstitucionalidadedo-artigo-17-da-lei-de-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: nov. 2016.

Porém, rechaçando tal argumento, assim elucida Bruno de Rezende:

Outro equívoco é sustentar que o afastamento cautelar de servidor público só possa ser determinado pelo Poder Judiciário. Ou seja, estaria incluído na reserva constitucional de jurisdição. A reserva constitucional de jurisdição consiste na exigência constitucional da prévia e exclusiva manifestação do Poder Judiciário para a prática de determinados atos. [...] (STF. Pleno. MS nº 23.452/RJ. Relator: Celso de Mello) Não existe no texto de nossa Constituição Federal qualquer dispositivo que exija a manifestação do Poder Judiciário para o afastamento de servidor público. Por outro lado, o artigo 17-D, ou mesmo a Lei 9.613/98, em nada obsta o acesso aos órgãos jurisdicionais. Desta forma, não há que se falar em inconstitucionalidade no afastamento de servidor público sem a participação do Poder Judiciário ou mesmo violação do artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Federal. Tanto é assim que leis em vigor há mais de vinte anos preveem o afastamento administrativo de servidor público, sendo rotineiramente aplicadas sem qualquer oposição.<sup>41</sup>

Em verdade, não há uma decretação direta da autoridade policial, há sim um reflexo do indiciamento do servidor público, ou seja, têm-se que é uma determinação automática proveniente de lei, não subsistindo qualquer argumento de usurpação de competência do Poder Judiciário.

Ainda que assim não fosse, verifica-se que o ato de indiciar não é medida arbitrária, requerendo justa causa e a devida fundamentação, haja vista que, sendo a Polícia Judiciária integrante da Administração Pública direta, respeitados devem ser os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (caput do art. 37 da Carta Magna).<sup>42</sup>

É este inclusive o apontamento trazido na manifestação da Advocacia Geral da União (AGU) na citada ADI nº 4911, onde pugna o Advogado Público signatário pela total improcedência do pedido veiculado pela ANPR.<sup>43</sup>

Porém, assiste razão Renato Brasileiro quando diz já haver solução no Código de Processo Penal para casos em que o servidor público deva

---

41 REZENDE, Bruno Titz de. *Livre Indiciamento*. Servidor público indiciado por lavagem deve ser afastado. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-28/bruno-rezende-servidor-publico-indiciado-crime-lavagem>>. Acesso em: nov. 2016.

42 REZENDE, Bruno Titz de. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30.

43 Vide petição disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/15496907](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/15496907)>.

ser afastado de suas funções<sup>44</sup>, aplicando-se o disposto no art. 319, VI.<sup>45</sup> Tal aresto inclusive já foi aplicado pelo TJ-MS em Agravo Regimental nº 1601825-78.2015.8.12.0000, de relatoria do Desembargador Luiz Cláudio Bonassini da Silva, julgado em 11/11/2015.

É por tal razão que se defende aqui uma nova interpretação do art. 17-D da Lei nº 9.613/98.

Quando houver casos em que haja prova de materialidade e indícios de autoria, somada à necessidade de garantia à ordem pública ou econômica, garantia à aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal<sup>46</sup>, aplicável a referida medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319 do CPP, não havendo necessidade de ser utilizado dispositivo previsto na lei que criminaliza a lavagem de capitais. Por outro lado, quando houver casos que não estejam presentes os requisitos que autorizem a aplicação de medidas cautelares restritivas de direitos, porém, havendo indícios suficientes de que o funcionário público usou sua função para praticar qualquer conduta ilícita, aplicável será o afastamento previsto no art. 17-D em estudo, verdadeira medida cautelar especial.

Entenda-se que, não se defende aqui uma aplicação irrestrita do dispositivo, pelo contrário, propõe-se sua aplicação de forma fundamentada, passando-se inclusive pelo crivo do judiciário. Isto porque não há razão para afastamento do servidor público do cargo quando tal exercício em nada influencia em sua suposta vida ilícita, busca-se então uma justificativa plausível para que possa ser suspensa suas atividades públicas.

Veja-se ainda que o espírito de tal dispositivo, conforme Guilherme Nucci, é “preservar, ao máximo, a idoneidade da administração, inviabilizando qualquer influência do funcionário durante a investigação ou processo.”<sup>47</sup>

Assim, o mais correto seria o juiz determinar o afastamento do funcionário público caso haja provável influência de suas funções nas

44 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada, Salvador: JusPodvm, 2015. p. 480.

45 Art. 319: São medidas cautelares diversas da prisão: [...] VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

46 Art. 282 do CPP: As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

47 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais*. 8. ed. revisada, atualizada e ampliada, v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 475.

atividades criminosas, fazendo-se uma inversão cronológica do disposto na parte final do art. 17-D.

O que se propõe é um aperfeiçoamento na redação do dispositivo, não significando que eventual alteração seja essencial para tornar a norma constitucional.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto neste estudo, foi constatado que o diploma que criminaliza a lavagem de capitais é um importante instrumento para dismantelar grandes organizações criminosas, buscando evitar que as mesmas usufruam livremente dos proveitos de origem ilícita.

A par do aspecto material da lei, resta claro que alguns dispositivos processuais ainda carecem de devida correção, não sendo possível uma análise isolada dos aspectos que envolvem o procedimento penal, é preciso sim uma visão conjunta com os preceitos constitucionais que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro.

É com esta visão que se conclui ser inconstitucional o dispositivo que veda a aplicação do art. 366 do CPP em crimes envolvendo lavagem de capitais, já que sua redação impossibilita o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, não subsistindo a justificativa de que se está diante de um crime gravíssimo, de magna ofensa aos anseios da sociedade. O que deve ser entendido é que nenhum processo, ainda que envolvendo o mais torpe dos crimes tipificados, deve ser conduzido sem o devido crivo constitucional, diretriz esta, *mutatis mutandis*, agora positivada pelo art. 1º do CPC/15.<sup>48</sup>

Já em relação ao indiciamento do servidor público, não merece razão parte da doutrina que prega ser inconstitucional o art. 17-D da Lei nº 9.613/98. Evidente que não há sequer uma mitigação ao direito da presunção de inocência, haja vista ser uma medida cautelar, não adiantamento de pena, ou seja, o fim que justifica o afastamento do servidor público de seu *múnus* não tem natureza sancionatória e sim natureza preventiva, visando evitar influências negativas no âmbito da administração pública.

---

48 Art. 1º: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Porém, certo é que para melhor integração com a sistemática das garantias do devido processo legal, mister se faz o prévio crivo do judiciário para que seja o servidor efetivamente afastado, sendo salutar que haja uma análise acurada do caso concreto, já que o simples indiciamento não é *per se* capaz de justificar a razão de ser do dispositivo legal.

## REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo. Lavagem de dinheiro: o conceito de produto indireto da infração penal antecedente no crime de lavagem de dinheiro. *Revista dos Tribunais*, v. 967, p. 73 - 93, maio 2016.
- BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei nº 9.613/98*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem De Dinheiro Segundo A Legislação Atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 102, p. 163 - 220. maio/jun. 2013.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2014.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Inconstitucionalidade do artigo 17 da lei de lavagem de Dinheiro*. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937778/inconstitucionalidadedo-artigo-17-da-lei-de-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: nov. 2016.
- CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.
- FRANCO, Alberto Silva et ai. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raul. *Crime Organizado. Enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e política criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada, Salvador: JusPodvm, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais*. 8. ed. revisada, atualizada e ampliada, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 9. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Atlas, 2015.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24/1998. p. 209 - 222, out./dez.1998. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, v. 4. p. 1023 - 1041, jul.2011.

PRADO, Luiz Regis. O Novo Tratamento Penal Da Lavagem De Dinheiro (Lei 12.683/2012). *Revista dos Tribunais*, v. 926, p. 401 - 436. dez. 2012.

REZENDE, Bruno Titz de. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Livre Indiciamento. Servidor público indiciado por lavagem deve ser afastado*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-28/bruno-rezende-servidor-publico-indiciado-crime-lavagem>>. Acesso em: nov. 2016

STESSENS, Guy. Money/laundering. *A new international law enforcement model*. Cambridge: Cambridge Studies in international and Comparative Law, 2000.

TAVARES, Paulo Sérgio Araújo. Aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal aos crimes de lavagem de dinheiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8367](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8367)>. Acesso em: nov. 2016.

*Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Fases da Lavagem de Dinheiro*. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: nov. 2016.

*Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Lavagem de Dinheiro*. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/sobre-a-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: nov. 2016.

*The Financial Action Task Force*. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/about/>>. Acesso em: maio 2017.

RECEBIDO EM: 23/05/2017

APROVADO EM: 19/06/2017

# LIMITES AO DIREITO DE INFORMAÇÃO E À LIBERDADE DE IMPRENSA

*LIMITS TO THE RIGHT INFORMATION AND FREEDOM  
OF THE PRESS*

*José Antonio Remedio*

*Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de Engenheiro Coelho (UNASP).*

*Carlos Murilo Biagioli*

*Jornalista pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Advogado.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Direitos individuais e transindividuais (coletivos e difusos); 2 Direito de informação e liberdade de imprensa; 2.1 Terminologia e sentidos; 2.2 Democracia, direito de informação e liberdade de imprensa; 2.3 O direito de informação e a liberdade de imprensa como direitos coletivos; 2.4 Censura, direito de informação e liberdade de imprensa; 3 Limites ao direito de informação e à liberdade de imprensa; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A pesquisa tem por objeto analisar a existência de limites ao exercício do direito de informação e à liberdade de imprensa. A liberdade de manifestação do pensamento é indispensável aos regimes democráticos, por permitir ao cidadão participação, escolha, controle e fiscalização das atividades estatais. As pessoas e a sociedade devem e têm o direito de receber da imprensa informações corretas e com imparcialidade. O trabalho aborda o caráter individual e a natureza transindividual do direito de informação e da liberdade de imprensa, enfoca o relevante papel por eles exercido na formação da opinião pública e na participação do cidadão na tomada de decisões sociais e políticas, e analisa a incidência de limites para seu pleno exercício. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Em conclusão, tem-se que o direito de informação e a liberdade de imprensa, por sua importância para o indivíduo, a sociedade e o próprio Estado, devem inicialmente prevalecer sobre os demais direitos que com eles estiverem em conflito, inclusive em relação ao direito à intimidade e à privacidade, possibilitando-se ao autor lesado, posteriormente, a reparação do dano sofrido nos casos de abuso ou excesso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de Informação. Imprensa. Informação. Liberdade de Imprensa. Limites à Liberdade de Imprensa.

**ABSTRACT:** The research aims to analyze the existence of boundaries to the right of information and to the freedom of the press. The liberty to express your thoughts is indispensable to democracy, by allowing citizens participation, control and supervision of state activities. The people and the society must have the right to receive impartial and correct news from the press. This work address the individual and trans-individual character of the information rights and freedom of the press, it focuses on the role they play in public opinion and political

and social decision making, it also analyzes the possibility of limits for its full execution. The method used is the hypothetical-deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence. In conclusion, the right to information and freedom of the press, because of its importance for the individual, society and the state itself, must initially prevail over the rights they are in conflict with, including the right to intimacy and privacy, allowing the injured part, afterwards, the repair of the damage suffered in cases of abuse or excess.

**KEYWORDS:** Right to Information. Press. Information. Freedom of the Press. Limits to the Freedom of the Press.

## **INTRODUÇÃO**

O homem, historicamente, jamais possuiu plena liberdade para expressar seus pensamentos, ideias e convicções, assim como nunca teve pleno acesso às informações inerentes à sua pessoa e à sociedade por ele integrada, uma vez que a liberdade de expressão e o acesso às informações, em maior ou menor grau, sempre estiveram condicionados ao regime político vigente.

Muitas foram as vezes em que o controle da expressão das ideias e do acesso às informações foi utilizado pelos detentores do Poder como instrumento de perpetuação dos regimes políticos autoritários ou totalitários, tendo em vista que a livre manifestação do pensamento constitui um dos instrumentos mais efetivos à disposição do cidadão para a concretização de mudanças sociais e políticas.

Ainda hoje diversos Estados buscam limitar ou cercear o direito de informação e a liberdade de imprensa com o fim maior de preservar o regime político em vigor, principalmente quando destoante da democracia.

Hodiernamente, vivencia-se no Brasil uma crise política sem precedentes, alastrada sobretudo na divulgação das investigações de corrupção no âmbito da Operação Lava Jato. Quebras de sigilos, coerção de jornalistas, ataques à liberdade de imprensa e notícias sobre cada envolvido fazem do trabalho realizado pela Polícia Federal, pelo Ministério Público e pelo Judiciário um “quase espetáculo”. Há limites a serem respeitados pelas autoridades incumbidas das investigações? O interesse público deve sempre prevalecer sobre o interesse particular dos investigados? Quais os reflexos do direito de informação e da liberdade de imprensa diante dos direitos difusos e coletivos?

Estes aspectos não infirmam a assertiva de que a liberdade de manifestação do pensamento é indispensável aos regimes democráticos, por permitir ao cidadão participação, escolha, controle e fiscalização das atividades estatais. A informação enquanto forma de comunicação é imprescindível para a participação social e política do indivíduo.

As pessoas e a sociedade devem e têm o direito de receber informações corretas e com imparcialidade. Para isso, a imprensa deve ser livre para buscar, receber e divulgar informações.

Os direitos à informação e à liberdade de imprensa vêm enumerados como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988, seja como direitos individuais e coletivos, por meio do livre exercício da manifestação do pensamento (art. 5º, IV) e da liberdade de expressão (art. 5º, IX), seja como direitos sociais concernentes à comunicação social (arts. 220 a 224).

Todavia, a liberdade de imprensa e o direito à informação, nos quais se incluem o direito à livre manifestação do pensamento, à expressão e à opinião, não são absolutos, uma vez que podem tanto ferir a reputação de uma pessoa que tenha sua vida privada invadida pelo ardid da imprensa ou a inveracidade das notícias, como influenciar negativamente determinada coletividade e até mesmo a sociedade como um todo.

O trabalho objetiva analisar o direito de informação e a liberdade de imprensa, seus reflexos em relação aos direitos difusos e coletivos, a existência de limites para seu exercício, principalmente em face do direito fundamental à privacidade e à intimidade, e sua importância para o indivíduo, a sociedade e o próprio Estado.

No tocante à importância, a realidade atual mostra que a imprensa livre e o direito de informação são necessários para a plena formação do indivíduo, a organização da sociedade e a preservação da democracia, embora essa mesma realidade também evidencie a prática de abusos por parte da imprensa, às vezes com danos irreparáveis ao indivíduo e à própria sociedade.

Para sua realização, dividiu-se o trabalho em três tópicos específicos. O primeiro relativo à descrição dos direitos individuais e transindividuais difusos e coletivos, o segundo referente à análise do direito de informação e da liberdade de imprensa (terminologia, sentidos, vinculação à democracia, natureza difusa e relação com a censura) e o último referente à existência de limites ao direito de informação e à liberdade de imprensa.

A hipótese apresentada é a de que, havendo conflito entre o direito de informação e a liberdade de imprensa, de um lado, e os demais direitos fundamentais, inclusive o direito à intimidade e à privacidade, de outro lado, devem inicialmente prevalecer o direito de informação e a liberdade de imprensa na solução do caso concreto, diante da amplitude de sua importância para o indivíduo, a sociedade e o Estado.

A metodologia utilizada está centrada no método hipotético-dedutivo, que possui características comuns aos métodos indutivo e dedutivo, tendo como base a pesquisa descritiva. Usa como procedimentos instrumentais a análise doutrinária, que dá ensejo a uma pesquisa de diagnóstico, e as análises legislativa e jurisprudencial, que permitem a pesquisa no campo empírico.

## **1 DIREITOS INDIVIDUAIS E TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS E DIFUSOS)**

A Constituição Federal de 1988, baseada no princípio democrático, instituiu um Estado Democrático de Direito que assegura a proteção e a implementação tanto dos direitos individuais, como dos direitos transindividuais difusos e coletivos.

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais no Título II, a Lei Maior dispõe expressamente sobre os direitos individuais e coletivos no Capítulo I (art. 5º), incluindo-os entre as denominadas cláusulas pétreas ou núcleo imodificável da Constituição (art. 60, § 4º, IV).

Os termos “interesses” e “direitos”, apesar de possuírem significados distintos em sua origem etimológica, são tratados como sinônimos no ordenamento jurídico brasileiro, como se observa do disposto no art. 81, parágrafo único, incisos I a III, da Lei 8.078/1990, dispositivo normativo esse relacionado formalmente à defesa coletiva do consumidor em Juízo<sup>1</sup>.

O interesse individual exerce-se pelo e para o indivíduo, configurando as liberdades pessoais. De acordo com Mancuso, são interesses que “se restringem à esfera de atuação de cada pessoa e cujo exercício depende de uma ação voluntária do indivíduo”<sup>2</sup>.

1 REMEDIO, José Antonio. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 883.

2 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 53.

A Lei 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, parágrafo único, incisos I a III, apresenta a definição legal dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao estatuir que a defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercitada quando se tratar de<sup>3</sup>:

- a) interesses ou direitos difusos, assim entendidos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (inciso I);
- b) interesses ou direitos coletivos, assim compreendidos “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (inciso II);
- c) interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos “os decorrentes de origem comum” (inciso III).

O legislador adotou alguns critérios para definir os direitos metaindividuais, como a transindividualidade, a indivisibilidade do objeto, a indeterminabilidade dos sujeitos e a existência ou não de elo entre os sujeitos<sup>4</sup>.

A respeito dos interesses difusos e coletivos, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 163.231-SP, sufragou o entendimento no sentido de que “interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato” e “interesses coletivos são aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”, sendo que “a indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos, e a determinidade a dos interesses coletivos”<sup>5</sup>.

Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos não podem ser entendidos como classes ou tipos de direitos estanques ou não relacionáveis entre si, mas sim como modelos que justificam a necessidade

3 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2017.

4 FERNANDES, Nadia Soraggi. *Ação civil pública trabalhista: forma célere e efetiva de proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010. p. 70.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 163.231-SP*. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília: Diário de Justiça, 29 jun. 2001. p. 55.

da tutela jurisdicional coletiva.<sup>6</sup> Entendimento diferente implicaria em risco à adequada proteção jurisdicional daqueles que mais necessitam da tutela coletiva, em especial as minorias sociais e os hipossuficientes.

A tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos prevista na Constituição Federal de 1988 e disciplinada por vários diplomas normativos, como a Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), é normalmente exercida pelo Ministério Público e por alguns poucos outros legitimados ativos previstos legalmente, por meio de ações coletivas, entre as quais a ação civil pública.

## 2 DIREITO DE INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA

O direito de informação e a liberdade de imprensa são temas bastante complexos, destacando-se entre as dificuldades para sua delimitação a inexistência de unanimidade de pensamento sobre a terminologia e sentidos utilizados para expressá-los, seu atrelamento ao pleno exercício da democracia, seu caráter fundamental individual e coletivo, e a proibição de censura para seu exercício.

### 2.1 TERMINOLOGIA E SENTIDOS

A terminologia usada para expressar a manifestação de pensamento é bastante variada. Entre outras, as seguintes expressões têm sido utilizadas para a difusão de pensamentos, ideias, opiniões, fatos ou notícias na sociedade<sup>7</sup>: liberdade de pensamento, liberdade de opinião, “liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de expressão e informação, direito à informação, liberdade de informação jornalística, direito de comunicação, liberdade de manifestação do pensamento e da informação”.

Embora inter-relacionadas, as expressões mencionadas não se equivalem integralmente. Assim, segundo Carvalho, sob a denominação “liberdade de informação” trata-se da liberdade de imprensa e de informação conjuntamente<sup>8</sup>. Já para Farias, enquanto o direito de informação está

6 BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 132.

7 FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 52.

8 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 21-22.

relacionado com a difusão da notícia (ou transmissão de fatos), a liberdade de expressão tutela as demais formas de manifestação do pensamento.<sup>9</sup>

A Constituição espanhola de 1978, no art. 20, inciso I, distingue o direito de informação das demais formas de manifestação de pensamento, condicionando a primeira ao requisito da veracidade. Esta diferenciação aparece como uma espécie de divisor de águas entre o direito de informação e a liberdade de expressão. Enquanto o primeiro possui um compromisso com a verdade, o segundo está ligado à própria vontade do indivíduo de se manifestar sem impedimento ou observância à veracidade daquilo que expõe.

O exercício do direito de informação, consoante Barroso, verifica-se “quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério de sua veracidade”<sup>10</sup>.

De acordo com Costa Júnior, a liberdade de informação é caracterizada pela divulgação de fatos reais, ainda que desagradáveis ou penosos para determinados indivíduos. A livre manifestação das ideias deve ser delimitada pela verdade ou veracidade, pelo interesse público e pela relevância social, que são o que justifica e legitima o *jus narrandi*. Se as publicações destinarem-se apenas a satisfazer curiosidades populares ou a difundir maledicências, “estarão evidentemente excluídas da liberdade que se confere à imprensa, para manifestação das ideias”<sup>11</sup>.

A veracidade da difusão, que deve existir, precisa ser concretizada por uma apuração idônea e, preferencialmente, que tenha como ser comprovada, embora o jornalista, para garantir a divulgação de uma notícia de extrema importância, possa se valer de benesses constitucionais como o sigilo de fonte (CF, art. 5º, XIX).

A verdade inerente ao direito de informação é meramente subjetiva, ou seja, aquele que divulga a mensagem deve adotar as cautelas necessárias para confirmar sua veracidade, adotando, para tanto, diligências que visem comprová-la.

9 FARIAS, op. cit., p. 55.

10 BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 19, jan./mar. 2004.

11 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 93-94.

O objeto do direito à informação é a mensagem informativa, que pode ser a mensagem de fatos, de dados, de qualidades sobre as pessoas, coisas ou produtos, desdobrando-se nas seguintes espécies: informação publicitária, informação oficial ou governamental, informação de dados pessoais automatizados ou não, e informação jornalística<sup>12</sup>.

O direito à informação jornalística concentra os principais elementos norteadores da liberdade de informação, que assume características modernas que até superam o conceito de liberdade de imprensa. Nele, encontra-se centralizada a liberdade de informar, sendo por meio desse direito que se realiza o direito coletivo à informação, ou seja, a liberdade de ser informado<sup>13</sup>.

A noção clássica de liberdade de imprensa, no entanto, não pode ser abandonada, já que carrega consigo axiomas inerentes à própria construção da liberdade e da democracia, consubstanciados na própria luta dos meios de comunicação de massa em poderem livremente divulgar fatos e opiniões – o que engloba as liberdades de informação, expressão, opinião e manifestação do pensamento.

Conforme Silva, outro motivo para a manutenção desta terminologia é a constatação de que a liberdade de imprensa continua consagrada por quase a totalidade dos Estados Democráticos modernos e dos organismos internacionais<sup>14</sup>.

Do ponto de vista histórico, sua afirmação inaugural deu-se com a Revolução Americana de 1776 e evoluiu com o desenvolvimento tecnológico, que incrementou a televisão, a radiodifusão e a informática, propiciando meios de difusão mais sofisticados, como as redes sociais.<sup>15</sup>

Estes fatores fizeram com que a liberdade de imprensa assumisse uma nova e mais moderna forma, a liberdade de informação jornalística, que na verdade traz o mesmo objetivo, o de permitir o livre fluxo das informações e das opiniões<sup>16</sup>.

---

12 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de informação, liberdade de expressão e internet. In SILVA JÚNIOR, Roberto Roland Rodrigues da (Org.). *Internet e direito: reflexões doutrinárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 79.

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 246.

14 *Ibidem*, p. 246.

15 TERROU, Fernand. *A informação*. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1964. p. 26.

16 NUNES JÚNIOR, op. cit., p. 36-37.

A palavra imprensa, portanto, não tem uma conotação restrita, limitando-se à mídia impressa, mas significa todos os meios de divulgação de informação ao público<sup>17</sup>.

Assim, a liberdade de informação jornalística, expressa no art. 220, § 1º, da Constituição Federal, não se resume mais na simples liberdade de imprensa, “pois esta está ligada à publicação de veículo impresso de comunicação”<sup>18</sup>. O alcance da informação jornalística é maior e atinge qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 690.841-SP, expressou-se no sentido de que<sup>19</sup>:

A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes: a) o direito de informar; b) o direito de buscar a informação; c) o direito de opinar; d) e o direito de criticar.

Inobstante a existência de diversas expressões para representarem a manifestação do pensamento, optamos no presente trabalho pelo uso das expressões “direito de informação” e “liberdade de imprensa”.

## 2.2 DEMOCRACIA, DIREITO DE INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA

O direito de informação e a liberdade de imprensa são ínsitos à democracia, cuja base originária está atrelada à noção de governo do povo. A ideia moderna de Estado Democrático tem suas raízes na Europa do século XVIII, decorrente das lutas contra o absolutismo, para isso influenciando a Revolução Inglesa, a Revolução Americana e a Revolução Francesa.

17 CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 64.

18 SILVA, op. cit., p. 246.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de instrumento n. 690.841-SP*. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: DJe, 5 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28690841.NUME.+OU+690841.ACMS.%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/mdrnt8g>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

O conceito contemporâneo de democracia decorre da reformulação da noção de democracia como regra da maioria, deixando de ser um instituto meramente formal para englobar princípios materiais e incluir as ideias de dignidade, igualdade material e liberdade real, com a assunção de interesses e responsabilidades comuns a todos os indivíduos<sup>20</sup>.

A democracia contribui para a promoção e proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

A informação, por sua vez, é um instrumento indispensável para a participação social, sendo que “a qualidade e a quantidade de informação irão traduzir o tipo e a intensidade da participação na vida social e política”<sup>21</sup>.

Os meios de comunicação informam a população e o povo, influem na formação da opinião pública, atuam como contraponto à versão oficial do governo a respeito dos fatos, responsabilizam os dirigentes estatais, possibilitando uma visão crítica a respeito dos acontecimentos.

A democracia implica na exigência de o povo fazer escolhas e tomar decisões sobre seu destino, bem como na imputação de responsabilidade ao governo pelos atos por ele praticados.

Todo este contexto faz com que a imprensa seja considerada o termômetro da democracia, pois, quanto mais livre um povo, mais livre é a sua imprensa e, quanto mais educado e evoluído o povo, mais responsável e socialmente útil é a sua imprensa, revelando o grau de cultura e maturidade de um povo<sup>22</sup>.

Para se ter uma democracia plena, a imprensa também deve gozar de liberdade de informar de forma irrestrita, sem controle ou censura pelos detentores do Poder. Esta é uma condição indispensável para a democracia, por possibilitar a divulgação ampla de informações e permitir que toda pessoa a elas tenha acesso, expressando opiniões, denunciando, investigando e cobrando soluções para problemas da coletividade e públicos. A imprensa livre é um baluarte da democracia, enquanto instrumento que controla e limita o Poder, coibindo eventuais abusos.

---

20 IKAWA, Daniela. Do conceito dinâmico de liberdade e da democracia. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 3, p. 275, jan./jun. 2004.

21 MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 34.

22 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3.

E, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal expressado quando do julgamento dos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário n. 586.424-RJ, é intrínseca a relação existente entre a liberdade de imprensa e a democracia<sup>23</sup>.

Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF, decidiu a Corte Suprema que a plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo e, pelo condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a muitas vezes do papel, a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Visualizada como irmã siamesa da democracia, a imprensa desfruta de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados<sup>24</sup>.

### 2.3 O DIREITO DE INFORMAÇÃO E A LIBERDADE DE IMPRENSA COMO DIREITOS COLETIVOS

O direito à informação compreende um aspecto da liberdade de pensamento e, mesmo aparentando ser um direito apenas individual, também é abrangido pelo coletivo em face das transformações sofridas pelos meios de comunicação ao longo do tempo<sup>25</sup>.

A inegável relevância adquirida pela liberdade de imprensa no seio democrático é fator determinante para que extrapole os meros contornos individuais, ganhando assento constitucional para atingir o maior número possível de pessoas. Tanto que o direito de informação pode ser conceituado como um sub-ramo do direito civil, “que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, sua voz ou sua imagem, a coisa, a serviço ou a produto, para um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas”<sup>26</sup>.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário n. 586.424-RJ*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília: DJe, 12 mar. 2015b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28democracia+imprensa%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/za4zrka>>. Acesso em: 3 set. 2016.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF*. Relator Ministro Carlos Brito. Brasília: DJe, 6 nov. 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163419&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

25 SILVA, op. cit., p. 246.

26 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de informação, liberdade de expressão e internet. In: SILVA JÚNIOR, Roberto Roland Rodrigues da (Org.). *Internet e direito: reflexões doutrinárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 78-79.

Ao receber a informação, seja pelos mais diversos canais de comunicação disponíveis, é inevitável que o cidadão passe a formar opinião, utilizando-se daquela fonte primária noticiosa para discernir e fazer escolhas, seja em questões de interesse público, seja em matéria de interesse privado com expressão coletiva. Daí a importância da veracidade, evitando-se o alienamento e a manipulação da informação.

Segundo Bonavides, assim como ocorre com os direitos à democracia e ao pluralismo, o direito à informação é classificado como direito fundamental de quarta geração, sendo abstrato e universal, pois “deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”<sup>27</sup>.

Tais características fazem da liberdade de imprensa um direito pertencente a todos os cidadãos. Para Mazzilli, o direito de informação identifica-se como direito difuso, por ser indivisível e atingir titulares indeterminados e numerosos, enfim, todo o corpo social. Nele deve estar enraizado o interesse público, identificado como interesse público primário – ou seja, o bem geral, o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo e até mesmo alguns dos mais autênticos interesses difusos, como o meio ambiente em geral –, ultrapassando, assim, a esfera individual<sup>28</sup>.

Conforme Silva, os antigos direitos de imprensa e de manifestação do pensamento, concretizados pelos meios de comunicação social ou de massa, transformaram-se em direitos de feição coletiva, caracterizando hodiernamente o direito de comunicação<sup>29</sup>.

E, consoante posicionamento expressado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário n. 511.961-SP, os direitos fundamentais de toda a sociedade à plena liberdade de expressão e de informação identificam-se como interesses difusos<sup>30</sup>.

27 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 571.

28 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 49.

29 SILVA, op. cit., p. 260.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 511.961-SP*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília: DJe, 13 nov. 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163578&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

## 2.4 CENSURA, DIREITO DE INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA

A Constituição Federal de 1988 é bastante rica ao tratar do direito de informação, disciplinando a matéria, entre outros dispositivos normativos, nos artigos 5º, IV, IX, XIV e XXXIII, e 220 a 224.

Além de conter diversos dispositivos dando suporte à liberdade de expressão e informação, a Magna Carta brasileira também prevê uma garantia especial a ser cumprida pelo próprio Poder Público, que é a proibição à censura.

Enquanto forma de controle, a censura, entre outras implicações, inibe ou limita a manifestação ou expressão do pensamento e da informação. Corroborando referido entendimento, estatui a Lei Maior que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, IX), e que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição Federal, sendo “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, § 2º).

A censura cria uma divisão na sociedade absolutamente contrária ao conceito de democracia, ou seja, deixa implícita a existência de dois tipos de cidadãos, os que podem tudo e aqueles que só podem o que os primeiros decidem<sup>31</sup>.

O Supremo Tribunal Federal tem rechaçado a censura prévia em relação à liberdade de informação jornalística e à liberdade de imprensa. Assim, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF, decidiu a Corte que<sup>32</sup>:

A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome “Da Comunicação Social” (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de “atividades” ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, a Constituição, destinou à imprensa o direito de

31 SIMÕES, Inimá Ferreira. *A nossa TV brasileira*: por um controle social da televisão. São Paulo: Senac, 2003. p. 14.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF*. Relator Ministro Carlos Brito. Brasília: DJe, 6 nov. 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163419&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçando de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evolutivo estado de civilização.

Da mesma forma, quando do julgamento do Agravo Regimental na Reclamação n. 21.504-SP, a Corte Suprema sufragou o entendimento no sentido da “inadmissibilidade da censura estatal, inclusive daquela imposta Pelo Poder Judiciário, à liberdade de expressão, nesta compreendida a liberdade de informação jornalística”<sup>33</sup>.

Ainda que o controle jurisdicional fosse possível, a linha que separa a liberdade de imprensa da censura prévia se mostra tênue, razão por que o interesse público pautar qualquer tipo de decisão a respeito da questão, até mesmo como forma de garantir a manutenção da base estruturante de todo e qualquer Estado Democrático de Direito.

### **3 LIMITES AO DIREITO DE INFORMAÇÃO E À LIBERDADE DE IMPRENSA**

Embora imprescindíveis ao cidadão, à sociedade, ao Estado e, em especial, à democracia, o direito de informação e a liberdade de imprensa, como quaisquer outros direitos fundamentais, não são absolutos, estando, pois, sujeitos a limites.

Os limites ao direito de informação são encontrados na própria Constituição Federal. No âmbito privado, por meio dos direitos da personalidade, como a honra, intimidade, vida privada e imagem (arts. 5º, X e 220, § 1º). Em outro giro, através dos direitos difusos e coletivos, como a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XIII), a proteção da infância e da adolescência (art. 21, XVI). Especificamente no caso de rádio, televisão e outros meios eletrônicos de comunicação, são

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação n. 21.504-SP*. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: DJE, 11 dez. 2015a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28censura%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hc5dvsy>>. Acesso em: 3 set. 2016.

especificados os princípios que devem orientar a programação, ou seja, o princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV)<sup>34</sup>.

A Lei Maior também dispõe que poderá haver limitação no tocante à comunicação social, uma vez que os artigos 220, §§ 3º e 4º, e 221, estabelecem diversos condicionamentos à liberdade de expressão. E, no caso de decretação de estado de sítio, prevê a Carta Magna que poderão ser impostas restrições concernentes à prestação de informações e à liberdade de imprensa, na forma da lei (art. 139, III).

Na mesma linha de intelecção, o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros estabelece as condutas que devem ser seguidas pelos profissionais da área<sup>35</sup>: preceitua no art. 2º, inciso I, que “a divulgação da informação precisa e correta é dever dos meios de comunicação e deve ser cumprida independentemente de sua natureza jurídica”; traz no art. 2º, inciso II, que “a produção e a divulgação da informação devem se pautar pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público”; e, no art. 4º, estatui que “o compromisso fundamental do jornalista é com a verdade no relato dos fatos, razão pela qual ele deve pautar seu trabalho pela precisa apuração e pela sua correta divulgação”.

A liberdade de imprensa, em todos os seus aspectos, incluindo a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito. Caso a violação a direitos ocorra, tanto civil, como penalmente, com abusos e uso inadequado da informação com práticas ilegais ou imorais, até mesmo afrontando liberdades, é possível para aqueles que se sentirem lesados e para a própria coletividade buscarem a devida reparação pelos danos sofridos.

Além da indenização na proporcionalidade do agravo, existem mecanismos para se tentar estabelecer um reequilíbrio na informação erroneamente divulgada, consistente no direito de resposta, previsto no art. 5º, V, da CF/88. Embora o mal causado tenha se disseminado e repercutido na sociedade, a retratação também é essencial.

---

34 BARROSO, op. cit, p. 22.

35 FENAJ – Federação Nacional dos Jornalistas. *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. Vitória: 2007. Disponível em: <[www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigo\\_de\\_etica\\_dos\\_jornalistas\\_brasileiros.pdf](http://www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf)>. Acesso em: 2 maio 2014.

Isso mostra porque a liberdade de imprensa não pode ser ilimitada. Se fosse distanciada do interesse social e do bem comum, não seria condizente com as sociedades atuais, já que o pensamento é inviolável e livre, e sua exteriorização “deve ser limitada pelo interesse coletivo, condicionando seu exercício ao destino do patrimônio moral da sociedade, do Estado e dos próprios indivíduos”<sup>36</sup>.

A preocupação com os direitos transindividuais deve ser sempre levada em conta, pois além do caráter de liberdade individual atinente à liberdade de expressão e informação, ela é considerada um direito fundamental que transcende a dimensão de garantia individual por contribuir para a formação da opinião pública pluralista, instituição essencial para o funcionamento da sociedade democrática, não devendo, assim, ser restringida por direitos ou bens constitucionais que a tornem totalmente desnaturalizada<sup>37</sup>.

O dilema está em se conseguir, ao mesmo tempo, de um lado preservar o direito de informação e a liberdade de imprensa, cuja natureza é difusa, que são imprescindíveis à coletividade e à democracia, e de outro lado também preservar os demais direitos fundamentais, entre os quais o direito à intimidade e à privacidade.

De acordo com Menezes e Moraes, a Constituição Federal brasileira trata da vida privada e da intimidade como elementos essenciais ao desenvolvimento da personalidade, embora não seja fácil estabelecer o que sejam essas situações subjetivas na sociedade da informação. A proteção à vida privada e à intimidade prevista no inciso X do art. 5º da Lei Maior deve ser enfocada com bastante amplitude, especialmente quando se toma como base para sua leitura o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana<sup>38</sup>.

Nesse sentido, o constituinte estatuiu que as emissoras de rádio e televisão devem ter “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (art. 221, inciso IV), princípio este que também precisa ser seguido

---

36 NOBRE, Freitas. *Comentários à lei de imprensa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 6.

37 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 137.

38 MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 20, n. 2, p. 518, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/7881/4466>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

pelos meios impressos pelo fato de tal norma derivar da “dignidade da pessoa humana”, estabelecida no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Segundo Carlos Alberto Menezes Direito, a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e que se faz presente para compreender e aplicar o dispositivo sobre a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, incluindo aí a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, donde se conclui que a limitação destes direitos se dará exatamente na dignidade da pessoa humana<sup>39</sup>.

A ponderação entre valores e princípios constitucionalmente protegidos se faz necessária para medir até que ponto deve chegar possível restrição, tendo-se em vista principalmente o interesse público e, em especial, a veracidade da notícia, com uma apuração idônea e que de fato esteja alinhada em beneficiar a sociedade e influenciar de maneira construtiva na formação da opinião pública.

De acordo com Torres, em caso de conflito entre direitos fundamentais, o órgão julgador, ao examinar a situação concreta, deve questionar se a informação possui relevância para a formação da opinião pública, pois a imprensa, ao realizar sua função de investigar, noticiar, denunciar e fiscalizar, tem um relevante e indispensável papel a desempenhar na democracia, especialmente quando se coloca como instrumento de formação da opinião pública. Isso sem se esquecer do seu compromisso com a verdade e com os direitos dos cidadãos, disso decorrendo o necessário cuidado e prudência que os responsáveis pela coleta, triagem, edição e aprovação da matéria devem praticar, sendo norteados também por critérios axiológicos<sup>40</sup>.

Na lição de Barroso, os seguintes parâmetros podem ser arrolados para mostrar ao intérprete o que é preciso analisar no caso concreto e que funcionariam como espécies de limitações ao direito à informação jornalística<sup>41</sup>:

---

39 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Os direitos da personalidade e a liberdade de informação. *BDJur. Biblioteca Digital Jurídica – STJ*, 2002, p. 9-10. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/6754/Os\\_Direitos\\_da\\_Personalidade\\_e\\_a\\_Liberdade.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/6754/Os_Direitos_da_Personalidade_e_a_Liberdade.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

40 TORRES, José Henrique Rodrigues. A censura à imprensa e o controle jurisdicional da legalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 705, p. 25, jul. 1994.

41 BARROSO, op. cit., p. 25-28.

a) veracidade do fato: a divulgação deliberada de uma notícia falsa não constitui direito fundamental do emissor e, portanto, não goza de proteção constitucional; para haver responsabilidade, é preciso demonstrar uma clara negligência na apuração da notícia ou dolo na difusão da falsidade;

b) licitude do meio empregado na obtenção da informação: o conhecimento sobre o fato que se pretende divulgar tem que ter sido obtido por meios admitidos pelo Direito, já que a Constituição veda a divulgação de notícias às quais se teve acesso mediante cometimento de um crime;

c) natureza do fato: existem fatos que são notícia independentemente das personagens envolvidas, como desastres naturais, acidentes e crimes em geral, possuindo evidente interesse jornalístico;

d) existência de interesse público na divulgação em tese: o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume como regra geral, já que a sociedade moderna move-se em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de ideias; cabe ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação;

e) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos: em um regime republicano, a regra é que toda a atuação do Poder Público, em qualquer de suas esferas, incluindo a prestação jurisdicional, seja pública; a publicidade é o mecanismo pelo qual será possível ao povo controlar a atuação dos agentes que praticam atos em seu nome;

f) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação: somente em hipóteses extremas se deverá adotar a possibilidade de interditar a divulgação, pois o uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismos diversos, como retificação, retratação, direito de resposta e responsabilização civil ou penal.

Assim, a legitimidade da divulgação da notícia e a atividade jornalística devem ser avaliadas e avalizadas por razões de interesse público, mas com a ressalva de que não se trata daquele interesse público embasado na curiosidade, e sim naquele comprometido com questões sociais e voltado ao coletivo. Dessa forma, cumprem-se alguns dos principais papéis da imprensa e da informação, que são os da fiscalização, transparência e prestação de serviços.

Por tais motivos, não basta apenas fazer o relato veraz. É necessário que haja a explicitação das intenções, pela evidência das relevâncias nos elementos de titulação e introdução do texto, para que o leitor possa, livremente e com lucidez, decidir se a mensagem lhe interessa ou não<sup>42</sup>.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, todavia, não é pacífica a respeito de limites à liberdade de imprensa quando em conflito com as garantias constitucionais individuais.

De um lado, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 801.109-DF, adotou o entendimento no sentido de que a liberdade de expressão, que compreende a informação, opinião e crítica jornalística, não é absoluta, encontrando limitações ao seu exercício compatíveis com o regime democrático, entre as quais<sup>43</sup>: a) o compromisso ético com a informação verossímil; b) a preservação dos denominados direitos da personalidade, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; c) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*).

Por outro lado, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.388.994-SP, decidiu que, “sopesados o risco de lesão ao patrimônio subjetivo individual do autor e a ameaça de censura à imprensa, o fiel da balança deve pender para o lado do direito à informação e à opinião”<sup>44</sup>.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF, sufragou o entendimento no sentido de que o art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa; no conflito entre direitos individuais do autor e a liberdade de imprensa, deve-se assegurar o gozo dos sobredireitos de personalidade, assim entendidos os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa, em que se traduz a livre e plena manifestação do pensamento, da criação e da informação,

42 CHAPARRO, Manuel Carlos. *Pragmática do jornalismo: buscas práticas para uma teoria da ação jornalística*. 3. ed. revisada, São Paulo: Summus, 2007. p. 121.

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 801.109-DF*. Relator Ministro Raul Araújo. Brasília: DJe, 12 mar. 2013a. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=801109&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=801109&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 12 nov. 2016.

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.388.994-SP*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília: DJe, 29 nov. 2013b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31328726&num\\_registro=201301107495&data=20131129&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31328726&num_registro=201301107495&data=20131129&tipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 23 nov. 2016.

para somente depois cobrar-se do titular dessas situações jurídicas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, mesmo que também formadores da personalidade humana<sup>45</sup>.

Os meios de comunicação livres e participativos alavancam o desenvolvimento, asseguram a circulação de informação, promovem a participação dos cidadãos na vida pública e abrem espaços de debate e diálogo entre os diversos setores da sociedade. Exercem ainda a crítica das práticas políticas e econômicas, divulgam conhecimentos e favorecem novos comportamentos<sup>46</sup>.

Em síntese, embora sujeita a limites, a liberdade de imprensa deve prevalecer sobre os direitos individuais, isso não implicando, porém, no cerceamento do direito individual, uma vez que caberá ao prejudicado, em regra, a obtenção da justa reparação ou indenização nos casos de abuso ao direito de informação.

A natureza coletiva ou difusa do direito à informação e da liberdade de imprensa, a prevalência dos referidos direitos em relação aos demais direitos fundamentais, inclusive os referentes à intimidade e à privacidade, e a proteção *a posteriori* do direito individual eventualmente lesado por ilegalidade ou abuso no exercício da liberdade de imprensa ou do direito de informação, são elementos que robustecem a proteção do direito coletivo e a preservação da democracia.

#### 4 CONCLUSÃO

O estudo, sem a pretensão de ser exaustivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência, analisou a existência de limites ao direito de informação e à liberdade de imprensa quando em conflito com outros direitos fundamentais, inclusive o direito à intimidade e à privacidade.

O direito à informação e a liberdade de imprensa são essenciais em um Estado Democrático de Direito e garantidores da própria democracia. Ao abrangerem a sociedade como um todo, que se informa e tem a oportunidade de manifestar seu pensamento, propiciando debates e auxiliando na formação da opinião pública, atingem todo o campo social e se enquadram como

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF*. Relator Ministro Carlos Brito. Brasília: DJe, 6 nov. 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163419&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

46 CRUZ, Rui Paulo da. Mídia, desenvolvimento, prática e crítica da democracia e do jornalismo. In: GUIMARÃES, César; JÚNIOR, Chico (Orgs.). *Informação e democracia*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000. p. 36.

direitos difusos e coletivos, pois passam a pertencer e atingir um grupo de pessoas, uma classe, uma categoria, enfim, a própria sociedade.

Atualmente é impossível se pensar em uma sociedade verdadeiramente democrática sem uma imprensa livre para atuar, informando o cidadão, denunciando ilícitos e violações praticadas pelo próprio Estado e exercendo uma crítica responsável para a formação da opinião pública. E é o direito à informação jornalística, que compreende tanto a notícia como a crítica, que concentra todos esses elementos norteadores da liberdade de informação.

A notícia não apenas informa o público, mas principalmente o orienta, inteirando-o sobre o que está acontecendo. A mídia desempenha o papel de mediadora entre os mais variados campos sociais, fazendo aproximações e permitindo o diálogo entre eles.

Para o exercício desses direitos, que são considerados tanto individuais como transindividuais, é preciso seguir uma série de parâmetros que são essenciais para a proteção da sociedade. As informações devem atender ao interesse público, coletivo ou social, mesmo que aparentemente ofendam ou molestem o indivíduo, especialmente se possuírem relevância para a formação da opinião pública, observando que é vedado o anonimato.

O trabalho jornalístico deve ainda atender a funções políticas, sociais e culturais, seguindo, inclusive, até mesmo os princípios especificados no art. 221 da Constituição Federal, que embora aparentemente estejam restritos à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão, podem ser considerados para orientar a mídia de forma geral.

Assim, divulgar informações que não apresentem nenhuma relação com o interesse público ou social, ou que contenham possíveis abusos, como negligência na apuração ou malícia na divulgação, implica na responsabilização, inclusive civil e penal, de quem veiculou as informações.

Caso haja violação a direitos, com abusos e uso inadequado da informação por meio de práticas ilegais ou imorais, é possível para aqueles que se sentirem lesados e para a própria coletividade a devida reparação pelos danos sofridos.

Embora sujeita a limites, a liberdade de imprensa deve prevalecer sobre os direitos individuais, isso não significando, porém, que haja cerceamento do direito individual, pois *a posteriori* sempre caberá ao prejudicado a obtenção de justa reparação ou indenização nos casos de abuso ao direito de informação.

A prática correta do direito à informação jornalística, com suas consequentes limitações axiológicas, garante uma sociedade realmente pluralista, com igual direito de participação dos membros da comunidade na construção de seus direitos.

A informação verdadeira e que atente aos interesses democráticos e da sociedade é determinante para o bem comum e para o próprio regime democrático característico do Estado de Direito brasileiro.

O caráter coletivo e difuso do direito de informação e da liberdade de imprensa, circunscritos os limites de seu exercício ao texto constitucional, permite a conscientização das camadas sociais, a educação das pessoas, a difusão dos valores éticos e sociais, assim como suscita o debate público, ajudando na formação da opinião pública pluralista e na preservação da democracia.

Conclui-se, em síntese, que restou confirmada a hipótese inicial apresentada, no sentido de que, havendo conflito entre o direito de informação e a liberdade de imprensa, de um lado, e os demais direitos fundamentais, inclusive o direito à intimidade e à privacidade, de outro lado, deve inicialmente prevalecer o direito de informação e a liberdade de imprensa na solução do caso concreto, em face de sua importância para o indivíduo, a sociedade e o próprio Estado, possibilitando-se ao autor lesado, *a posteriori*, reparação pelos danos nos casos de excesso ou abuso.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 9 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 801.109-DF*. Relator Ministro Raul Araújo. Brasília: *DJe*, 12 mar. 2013a. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=801109&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=801109&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 12 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.388.994-SP*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília: *DJe*, 29 nov. 2013b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componte=ATC&sequencial=31328726&num\\_registro=201301107495&data=20131129&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componte=ATC&sequencial=31328726&num_registro=201301107495&data=20131129&tipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 23 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação n. 21.504-SP*. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: *DJe*, 11 dez. 2015a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28censura%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hc5dvsy>>. Acesso em: 3 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de instrumento n. 690.841-SP*. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: *DJe*, 5 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28690841.NUME.+OU+690841.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mdrnt8g>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Relator Ministro Carlos Brito. Brasília: *DJe*, 6 nov. 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163419&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário n. 586.424-RJ*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília: *DJe*, 12 mar. 2015b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28democracia+imprensa%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/za4zrka>>. Acesso em: 3 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 163.231-SP. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília: *Diário de Justiça*, 29 jun. 2001, p. 55.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 511.961-SP*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília: *DJe*, 13 nov. 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163578&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de informação, liberdade de expressão e internet. In: SILVA JÚNIOR, Roberto Roland Rodrigues da (Org.). *Internet e direito: reflexões doutrinárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 75-89, 2001.

\_\_\_\_\_. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHAPARRO, Manuel Carlos. *Pragmática do jornalismo: buscas práticas para uma teoria da ação jornalística*. 3. ed. revisada. São Paulo: Summus, 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2007.

CRUZ, Rui Paulo da. Mídia, desenvolvimento, prática e crítica da democracia e do jornalismo. In: GUIMARÃES, César; JÚNIOR, Chico (Orgs.). *Informação e democracia*. Rio de Janeiro: EdUERJ, p.15-38, 2000.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Os direitos da personalidade e a liberdade de informação. *BDJur. Biblioteca Digital Jurídica – STJ*, 2002, p. 1-19. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/6754/Os\\_Direitos\\_da\\_Personalidade\\_e\\_a\\_Liberdade.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/6754/Os_Direitos_da_Personalidade_e_a_Liberdade.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

\_\_\_\_\_. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FENAJ – Federação Nacional dos Jornalistas. *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. Vitória: 2007. Disponível em: <[www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigo\\_de\\_etica\\_dos\\_jornalistas\\_brasileiros.pdf](http://www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf)>. Acesso em: 2 maio 2014.

FERNANDES, Nadia Soraggi. *Ação civil pública trabalhista: forma célere e efetiva de proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010.

IKAWA, Daniela. Do conceito dinâmico de liberdade e da democracia. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 3, p. 270-278, jan./jun. 2004.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 20, n. 2, p. 501-532, maio/ago. 2015. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/7881/4466>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

NOBRE, Freitas. *Comentários à lei de imprensa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

REMEDIO, José Antonio. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SIMÕES, Inimá Ferreira. *A nossa TV brasileira: por um controle social da televisão*. São Paulo: Senac, 2003.

TERROU, Fernand. *A informação*. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1964.

TORRES, José Henrique Rodrigues. A censura à imprensa e o controle jurisdicional da legalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 705, p. 24-33, jul. 1994.

RECEBIDO EM: 29/06/2016

APROVADO EM: 08/09/2016

# REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS: QUALQUER COISA É MELHOR DO QUE NADA

*BENEFIT SHARING: ANYTHING IS BETTER THAN NOTHING*

*Luciana Laura Carvalho Costa Dias*

*Doutoranda em Direito. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro  
Universitário de Brasília. Procuradora federal em Brasília.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O que é repartição de benefícios; 1.1 Regramento vigente até o ano de 2014. Pesquisa de campo; a) Seleção dos casos múltiplos objeto de análise; b) Análise dos processos oriundos do CGEN; b.1) Representatividade dos processos aqui analisados frente ao universo geral de processos; 2 O regramento legal funciona?; 2.1 Análise do panorama da concretização da repartição de benefícios em conhecimentos tradicionais à luz da

Teoria dos Jogos; 2.2 Jogo 1. Análise da concretude da repartição de benefícios em CURBs firmados na vigência da MP 2.186-16/2001; a) Elaboração de tabela comparativa conclusiva; 2.3 Jogo 2.4 Mudança legislativa; 3 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O artigo analisa, a partir do sistema de geração legal de incentivos descrito na Teoria dos Jogos, a não ocorrência da concreta repartição de benefícios de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, de maneira a se conceder à comunidade contrapartida aos benefícios por ela dispensados à pesquisa ou ao produto a ser desenvolvido. O mais surpreendente, sem dúvida, é compreender, pela metodologia da Análise Econômica do Direito, que a não concretização da repartição de benefícios parece ser fruto do sistema legais de incentivos que rege a matéria, geradores de comportamentos racionais estratégicos não desejados por parte dos usuários de conhecimentos tradicionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei. Conhecimentos Tradicionais. Repartição de Benefícios. Teoria dos Jogos. Incentivos.

**ABSTRACT:** The article analyzes, from the perspective of the incentives generation system described in game theory, the non-occurrence of benefit sharing of traditional knowledge associated with biodiversity, in order to give back the community the benefits for her shared information. The most surprising, undoubtedly, is to understand, using the methodology of the Economic Analysis of Law, that the non-implementation of benefit sharing is a direct result of the legal system of incentives, which generates unwanted strategic rational behavior by the users of traditional knowledge.

**KEYWORDS:** Law. Traditional Knowledge. Benefit Sharing. Game Theory. Incentives.

## INTRODUÇÃO

Trata o presente artigo de uma análise jurídica acerca da existência ou não da concretização dos objetivos de repartição de benefícios nos contratos de utilização e repartição de benefícios (CURBs) em relação aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade (CTA) no Brasil, conforme determinam os regramentos internacional e nacional.

A metodologia utilizada para tanto tem espeque na Análise Econômica do Direito, para, por intermédio da Teoria dos Jogos, proceder-se à análise dos sistemas legais anterior e atual de incentivos, relativamente ao tema.

Desse modo, dá-se enfoque à proteção dispensada aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, assim como à real concretude dos mecanismos utilizados pelo instrumento legislativo em vigor no Brasil, com vistas à plena consecução dos objetivos presentes, entre outros regramentos internacionais, na Convenção de Diversidade Biológica – marco preparatório para que se tornasse viável a regulamentação nacional do acesso aos recursos genéticos, da proteção e acesso aos conhecimentos tradicionais, bem como da repartição de benefícios entre provedores.

A temática em muito se encaixa com interesses inerentes ao Brasil, o país mais megadiverso do planeta; dono, dentre os seus 8,5 milhões de quilômetros quadrados, de sete zonas biogeográficas distintas, entre elas a maior planície inundável, o Pantanal, e a maior floresta tropical úmida, a Amazônia. No que toca à Amazônia, cumpre destacar que ela possui o maior banco genético e a maior bacia hidrográfica (um terço da água doce disponível em todos os continentes) do mundo<sup>1</sup>. Ainda, revela-se inegável a megadiversidade cultural nacional, estando presentes em solo brasileiro povos indígenas, quilombolas, ribeirinhos, caiçaras, babaçueiros, açorianos e pescadores, entre outros.<sup>2</sup>

As consequências econômicas da megadiversidade também reforçam a pertinência atual do tema, uma vez que há pesquisas que apontam no sentido de que o valor dos serviços proporcionados pela biodiversidade mundial pode atingir 33 trilhões de dólares por ano.<sup>3</sup>

1 PLANO NACIONAL DE AGROENERGIA 2006-2011 / Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Secretaria de Produção e Agroenergia. 2. ed. revisada, Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2006.

2 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2009/10/biomas-brasileiros>>. Acesso em 06. dez. 2013.

3 NAIME, Roberto. *Ecodebate sobre biodiversidade*. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2010/06/28/saiba-mais-biodiversidade-artigo-deroberto-naime>>. Acesso em: 15 out. 2010.

O objetivo desse artigo, portanto, é apresentar algumas pistas sobre como tem ocorrido a repartição de benefícios no Brasil, à luz da Teoria dos Jogos. Espera-se que a apresentação desses dados contribua para uma discussão da proteção dos CTA que conduza à proposição de soluções adaptadas às especificidades desse bem imaterial.

## 1 O QUE É REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS

### 1.1 REGRAMENTO VIGENTE ATÉ O ANO DE 2014. PESQUISA DE CAMPO.

É de se ressaltar que a expressão “conhecimentos tradicionais” foi utilizada pela primeira vez em um Relatório intitulado “Discriminação contra Povos Indígenas”, datado de 28 de julho de 1993, fruto do trabalho da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias:

4. A proteção da propriedade cultural e intelectual está ligada fundamentalmente com a realização dos direitos territoriais e da autodeterminação dos povos indígenas. O conhecimento tradicional de valores, autonomia ou auto-governo, a organização social, os ecossistemas de gestão, a manutenção da harmonia entre os povos, respeitando a terra, tudo isso está incorporado nas artes, músicas, poesia e literatura que devem ser aprendidas e renovadas por cada nova geração de crianças indígenas. Estas ricas e variadas expressões da identidade específica de cada povo indígena fornecem as informações necessárias para a manutenção, desenvolvimento e, se necessário, restauração das sociedades indígenas em todos os seus aspectos (*tradução livre*).<sup>4</sup>

Assim, o conhecimento tradicional estaria incorporado às artes, à música, à poesia e à literatura que são aprendidas e renovadas por cada nova geração de crianças indígenas e seria capaz de manter, desenvolver e, se necessário, restaurar as sociedades indígenas em todos os seus aspectos.

A proteção dos conhecimentos tradicionais constitui uma das demandas brasileiras nos fóruns internacionais ambientais e de propriedade intelectual, nos quais o país expõe ser necessária a criação de um sistema

4 DAES, Erica-Irene. *Etude sur la propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones*. Rapport élaboré dans le cadre de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de L'ONU, document: E/CN.4/Sub2/1993/28. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.1993.28.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.1993.28.En?Opendocument)>. Acesso em: 11 set. 2013.

de proteção próprio e, ao mesmo tempo, conectado a outros modelos de propriedade intelectual, de modo que se possa viabilizar a repartição de benefícios dos resultados econômicos auferidos com a exploração dos bens advindos, em alguma medida, do compartilhamento de conhecimentos tradicionais.

Para que o conhecimento tradicional associado à biodiversidade brasileira possa constituir uma riqueza a ser explorada, faz-se necessário definir o regime jurídico internacional de proteção a esses conhecimentos. No panorama internacional, ainda não há tratado que defina um modelo de proteção aos conhecimentos tradicionais.

A Convenção de Diversidade Biológica (CDB) reconhece a necessidade de proteção desses conhecimentos por um sistema *sui generis*, porém não avança em defini-lo. Na Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), a criação de um tratado vem sendo discutida pelo Comitê Intergovernamental de Recursos Genéticos, Conhecimento Tradicional e Folclore; entretanto, a negociação não avança na velocidade esperada. Não basta, portanto, que países megadiversos estabeleçam sistemas nacionais de proteção. É exatamente nessa lacuna que o Brasil pretende ser exemplo, uma vez que o País criou, a partir da MP no 2.186-16, de 2001, um modelo nacional de proteção aos conhecimentos tradicionais, que vigorou até a publicação da Lei 13.123/2015.

O estudo ora apresentado contém análise de campo que recai sobre casos que derivam do cumprimento dos requisitos legalmente impostos pela MP 2.186-16/2001 (já que a pesquisa foi realizada anteriormente à edição da aludida Lei, em 2015), ora no âmbito do CGEN – Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, órgão vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, ora no âmbito do INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, vejamos.<sup>5</sup>

Nesse sentido, os processos administrativos submetidos ao CGEN em que se discute a aprovação ou não de Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e Repartição de Benefícios (CURBs) relativos à utilização de conhecimentos tradicionais são examinados a partir do prisma dos requisitos nacional e internacionalmente preconizados.

---

5 DIAS, L. L. C. C.; MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. Concretização da Repartição de Benefícios em Conhecimentos Tradicionais Associados à Biodiversidade no Brasil. *Veredas do Direito*, v. 12, p. 28, 2015. GERVAIS, Daniel J. Traditional Knowledge & Intellectual Property.

No mesmo diapasão, os dados coletados junto ao Instituto Nacional da Propriedade Intelectual são analisados, em confronto com o arcabouço normativo levado a cabo pelo CGEN, assim como em embate com dados coletados no âmbito europeu, presentes em pesquisa britânica examinada neste trabalho.

### **A) SELEÇÃO DOS CASOS MÚLTIPLOS OBJETO DE ANÁLISE**

A seleção dos casos concretos que foram estudados nessa pesquisa deu-se de modo intimamente vinculado aos requisitos então impostos na legislação brasileira referentes à utilização de conhecimentos tradicionais, por intermédio da MP 2.186-16/2001, bem como sua consequente repartição de benefícios e seu correlato registro de eventual propriedade intelectual produzida.

Assim, junto ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN,<sup>6</sup> buscou-se a análise dos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios – CURBs –, os quais têm por objetivo garantir que uma parcela dos benefícios a serem auferidos, em virtude da exploração econômica de produto ou processo obtido em decorrência do acesso ao patrimônio genético e/ou ao conhecimento tradicional associado, seja destinada ao proprietário da área de onde o material foi coletado e/ou à comunidade provedora do conhecimento acessado.

---

6 O primeiro contato realizado com o CGEN deu-se por meio de envio de Ofício à Diretora da Secretaria Executiva do Conselho, em 15 de agosto de 2013.

Em tal Ofício, foram explicados os propósitos da pesquisa ora desenvolvida, tendo sido exposto que o tema seria a análise dos efeitos da MP 2.186-16/2001, por meio dos contatos de repartição de benefícios submetidos ao Conselho. Nesse contexto, inicialmente, solicitaram-se cópias, nos termos dispostos na chamada Lei da Transparência (Lei 12.527/2011), dos processos administrativos, aprovados ou não, que trataram de contratos de repartição de benefícios, em consonância com o constante da aludida Medida Provisória.

O mencionado Ofício recebeu o número de Protocolo 26496/2013. Em 13 de setembro de 2013, recebi um correio eletrônico do Conselho, informando que a solicitação de cópias de processos havia sido deferida pela Diretora.

O servidor explicou que “em razão de ainda não dispormos de um sistema informatizado para os processos, foi necessário analisar cada um que se enquadrava na sua solicitação”, e que, nesses termos, foram encontrados seis processos com as características solicitadas.

Anexa a esse correio eletrônico, estava a Guia de Recolhimento da União (GRU), a ser paga para a retirada das aludidas cópias, no valor de R\$ 119,88 (cento e dezenove reais e oitenta e oito centavos). O pagamento foi por mim realizado em 17 de setembro de 2013, quando tive acesso aos seis processos administrativos já mencionados.

Desse modo, serão objeto de análise os seis processos administrativos não sigilosos, em que se trataram de contratos de repartição de benefícios frente à utilização de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidades, nos termos da Medida Provisória 2.186-16/2001.

## **B) ANÁLISE DOS PROCESSOS ORIUNDOS DO CGEN**

### **B.1) REPRESENTATIVIDADE DOS PROCESSOS AQUI ANALISADOS FRENTE AO UNIVERSO GERAL DE PROCESSOS**

Como mencionado em nota de rodapé de item anterior, por meio do disposto na cunhada Lei de Transparência (Lei n. 12.527/2011), solicitaram-se vistas e cópias de processos administrativos, anuídos ou não, que tratavam de CURBs firmados com comunidades tradicionais, ante a utilização de conhecimentos tradicionais.

A partir do necessário corte delimitador da pesquisa, no sentido de que as vistas e as cópias se referiam tão somente a processos de natureza não sigilosa, em que se discutia a realização de CURB, anuído ou não, frente à utilização de CTA, sem qualquer limitação temporária, foram franqueadas cópias e vistas de seis processos administrativos, tendo sido três desses anuídos pelo CGEN.

Em ordem cronológica de apresentação ao CGEN, os processos podem ser assim listados: *Processo n. 02000.004048/2006-16. Interessado: Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Resumo: Solicitação de acesso a componente do patrimônio genético e a conhecimento tradicional associado, para fins de bioprospecção. 2 volumes; Processo n. 02000.000324/2010-53. Interessado: Universidade Estadual de Maringá – UEM. Resumo: Solicitação de acesso a componente do patrimônio genético e a conhecimento tradicional associado, para fins de bioprospecção e desenvolvimento tecnológico. 3 volumes; Processo n. 02000.002921/2010-12. Interessado: Raros Agroindústria S.A. Resumo: Solicitação de acesso a componente do patrimônio genético e a conhecimento tradicional associado, para fins de bioprospecção e desenvolvimento tecnológico. 3 volumes; Processo n. 02000.000591/2012-92. Interessado: Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Resumo: Solicitação de acesso a componente do patrimônio genético e a conhecimento tradicional associado, para fins de bioprospecção. 2 volumes; Processo n. 02000.001752/2012-65. Interessado: Schwaab Company – Ind. Emp. Exp. Produtos da Amazônia LTDA. Resumo: Solicitação de autorização de acesso e remessa de amostra do componente do patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado. 1 volume e Processo n. 02000.002688/2012-30. Interessado: Raros Agroindústria S.A. Resumo: Solicitação de autorização de acesso e remessa de amostra do componente do patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, para fins de pesquisa, bioprospecção e desenvolvimento tecnológico. 2 volumes.*

Importa demonstrar qual a representatividade dos seis processos obtidos frente ao universo de análise processual levada a cabo pelo CGEN, o que pode ser perquirido por meio da análise dos dados constante do Relatório Anual de Atividades do CGEN em 2012, publicado em fevereiro de 2013.<sup>7</sup>

De acordo com dados constante de tal Relatório, “De 2002 a 2011 foram anuídos 27 CURBs pelo CGEN (dois envolvendo acesso a conhecimento tradicional associado), enquanto em 2012 foram anuídos 34 CURBs (nove envolvendo acesso a conhecimento tradicional associado)”.

Assim, de 2002, termo *a quo* do controle dos dados em questão, até 2012, onze processos envolvendo CURBs que tratavam de acesso a CTA foram anuídos pelo CGEN. Por meio da análise desenvolvida por esta pesquisa, serão analisados três desses onze processos anuídos, além de mais três não anuídos pelo CGEN.

Portanto, o exame de três processos/CURBs anuídos, num universo de onze processos totais, considerando-se o número de processos de natureza sigilosa e, assim, não disponibilizados pelo órgão gestor do patrimônio genético em questão, representa um percentual de 27,27% (vinte e sete vírgula vinte e sete por cento) do total de processos já anuídos pelo CGEN, quando há CURB firmado em relação a acesso a CTA.

Desse modo, tem-se demonstrada a relevância numérica do trabalho aqui desenvolvido, ante sua representatividade de quase um terço dos processos já anuídos, nos termos delimitados na pesquisa e frente à indisponibilidade, até o presente momento, dos processos sigilosos concernentes ao tema.<sup>8</sup> A pesquisa aqui apresentada, apesar de não conter os contratos em questão, representa um passo para o exame do problema

7 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Secretaria de Biodiversidade e Florestas*. Departamento do Patrimônio Genético. Secretaria Executiva do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80043/relatorio-cgen-2012.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

8 O já mencionado Relatório de Atividades divulgado pelo CGEN relativo ao ano de 2012, publicado em fevereiro de 2013, informa que “durante o período compreendido entre os anos de 2002 e 2012, foram deliberados pelo CGEN e publicados no Diário Oficial da União um total de 141 autorizações de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético e/ou acesso a conhecimento tradicional associado. Deste total, foram concedidas seis autorizações especiais, 43 autorizações de acesso ao conhecimento tradicional associado, 77 autorizações de acesso a componente do patrimônio genético e 15 autorizações de acesso a componente do patrimônio genético e conhecimento tradicional associado.” Assim, como não se tem o número de CURBs analisados (anuídos e não anuídos) entre os anos de 2002 a 2012, mas tão somente o número de autorizações de toda ordem concedidas pelo CGEN, este trabalho não apresenta o percentual representativo dos seis processos aqui examinados em relação ao total de CURBs analisados no intervalo de 2002 a 2012.

da efetividade dos CURBS, já que se tratou da primeira vez em que tais dados foram solicitados para o CGEN para tais fins.

Após a análise de toda a marcha processual percorrida, foi possível destacar a ocorrência (ou não) da repartição de benefícios, de maneira a se conceder à comunidade contrapartida aos benefícios por ela dispensados à pesquisa ou ao produto a ser desenvolvido, como a seguir se aclarará.

## 2. O REGRAMENTO LEGAL FUNCIONA?

### 2.1. ANÁLISE DO PANORAMA DA CONCRETIZAÇÃO DA REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS EM CONHECIMENTOS TRADICIONAIS À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

A Teoria dos Jogos se faz presente na análise desenvolvida neste artigo para que se possa identificar a estrutura de incentivos que atinge as pessoas físicas e jurídicas alcançadas pelo regramento nacional da matéria ora sob estudo.

Esse ramo da Análise Econômica do Direito tem como objetivo estudar a *“correlação entre certo resultado fático observado em uma realidade social e determinado conjunto de normas. Ao adotá-la, busca-se demonstrar, de forma empírica, de que modo um arcabouço jurídico específico pode gerar certos fenômenos comportamentais observados. Ademais, permite-se inferir como eventuais mudanças legais podem alterar certos padrões de conduta”*.<sup>9</sup>

Historicamente, tem-se de registrar que as bases do metodologia da Análise Econômica do Direito encontram-se nos economistas da Escola Clássica, especialmente, Adam Smith.

Adam Smith, em sua obra “A Riqueza das Nações”, defende ser a liberdade de concorrência a melhor solução para a alocação de recursos, tendo em vista que os preços seriam naturalmente formados pelo próprio mercado e, por via de consequência, alcançar-se-ia o equilíbrio desejado. A partir desse pensamento, criou-se a lendária expressão “mão invisível”, ao fazer-se alusão aos efeitos de um mercado livre, no qual não haja

---

9 NÓBREGA, A. C. V. An nova lei de responsabilização de pessoas jurídicas como estrutura de incentivos aos agentes. *EALR*, v. 5, n. 1, p. 62-76, jan./jun. 2014.

intervencionismo, o que seria, para ele, suficiente para regular os preços em prol de uma justa concorrência<sup>10</sup>.

Em que pesem os relevantes estudos feitos anteriormente, de fato, é a partir da década de 1960 que o movimento da Análise Econômica do Direito estabelece-se, tendo como marco temporal o renomado artigo “The Problem os the Social Cost” de Ronald Coase.

Tal obra calcou-se em temas notadamente econômicos, tais como o custo social e os efeitos externos ocasionados pelo exercício da atividade econômica, possibilitando a inteiração entre o mundo jurídico e o mundo econômico<sup>11</sup>.

Há estudiosos que afirmam que Ronald Coase expôs a mesma teoria de Adam Smith, com a mesma tese de que a “mão invisível” realmente funcionaria independentemente de qualquer atuação por parte do Estado. No ano de 1991, em decorrência de sua admirável obra, Ronald Coase foi agraciado com o Prêmio Nobel de Economia.

Por meio da utilização da Teoria dos Jogos – ramo da análise econômica do direito – para abordar a questão da repartição de benefícios em conhecimentos tradicionais, objetiva-se uma visão ampla e interdisciplinar da eficácia e do campo de atuação da lei. Afastando-se do plano puramente normativo, buscou-se demonstrar os efeitos negativos e positivos resultantes da mudança de determinada disposição legal.

Aos olhos da Teoria dos Jogos, os indivíduos e organizações que estão submetidos a determinado arcabouço normativo devem ser considerados agentes racionais, que estabelecem suas condutas em virtude de uma estrutura de custos e benefícios existentes, de modo a responderem a certos incentivos e buscarem, por meio de um comportamento racional, maximizar seus ganhos e minimizar suas perdas.<sup>12</sup>

Nesse contesto, cabe trazer alguns conceitos próprios do mencionado ramo, para melhor desenvolvimento do tema aqui exposto.

---

10 PIMENTA, E. G.; LANA, H. A. R. P. *Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil*. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_e\\_sua\\_relacao\\_com\\_o\\_direito\\_civil.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/analise_economica_do_direito_e_sua_relacao_com_o_direito_civil.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2016.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

A palavra jogo refere-se a um tipo especial de conflito no qual tomam parte  $n$  indivíduos ou grupos (conhecidos como os jogadores). Há certas regras do jogo, que dão as condições para que este comece e definem as jogadas consideradas legais durante as diferentes fases do jogo; o número total de jogadas que constitui uma partida completa e os possíveis resultados quando a partida termina.

Jogada ou movimento é o modo como progride o jogo de uma fase para outra, a partir da posição inicial até o último movimento. Resultado designa o que acontece quando uma partida termina, ao passo que estratégia é a lista de opções ótimas para cada jogador, em qualquer momento do jogo.

Nesse contexto, vê-se que, na perspectiva econômica, o direito é um conjunto de incentivos (em sua maioria, legais) que visa a premiar as condutas eficientes e, penalizar as ineficientes<sup>13</sup>.

Nesse diapasão, a Análise Econômica do Direito permite inferir qual o grau de influência de certa norma no comportamento de determinados agentes e organizações, além de prever como eventuais alterações legislativas vão impactar nessas condutas.

Pelo exposto, os itens seguintes do presente artigo serão apresentados na forma de Jogos, especialmente para que se possa esclarecer a estrutura de incentivos presentes em ambos os normativos analisados, vale dizer a MP 2.186-16/2001 e a Lei 13.123/15, bem como suas consequências verificadas e esperadas, respectivamente.

Desse modo, será possível apresentar algumas conclusões acerca da eficácia da Lei 13.123/15, bem como prever possíveis comportamentos a serem adotados pelos agentes que se encontram no campo de alcance do mencionado diploma legal.

## **2.2 JOGO 1. ANÁLISE DA CONCRETUDE DA REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS EM CURBS FIRMADOS NA VIGÊNCIA DA MP 2.186-16/2001**

Após a análise de toda a marcha processual percorrida, foi possível destacar quatro requisitos principais, os quais encerram, sob a ótica de pesquisa aqui perpetrada, os verdadeiros objetivos perquiridos pela

---

13 ALVAREZ, A. B. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações*. Disponível em: <Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações>. Acesso em: 24 ago. 2016.

legislação sobre conhecimentos tradicionais associados, quando esta prevê a utilização de tais conhecimentos por intermédio de justa e equitativa repartição dos benefícios deles decorrentes.

Este estudo aponta os quatro requisitos como sendo os seguintes: a) a anuência prévia ter ocorrido de modo consistente e consciente pelos fornecedores do conhecimento; b) a repartição de benefícios ser de fato justa e equitativa, de maneira a se conceder à comunidade contrapartida aos benefícios por ela dispensados à pesquisa ou ao produto a ser desenvolvido; c) a ocorrência de transferência tecnológica e de conhecimentos ditos formais dos usuários do conhecimento tradicional para à comunidade fornecedora (e assim, formar uma ponte de mão dupla entre os diversos tipos de conhecimentos envolvidos) e d) a justa fixação de direitos de propriedade intelectual entre os celebrantes do contrato.

Assim, tais requisitos foram analisados relativamente a todos os seis processos e contratos, de modo a se verificar se tais instrumentos contém resumidamente, em si, a real intenção das legislações internacionais e nacionais concernentes ao tema.

Ao longo da análise individualizada dos processos administrativos em questão, relativamente ao requisito denominado sob a letra “b” (repartição de fato justa e equitativa de benefícios), teve-se a constatação de que a totalidade dos CURBs analisados deixa claro que os termos da repartição de benefícios, um dos pilares do Contrato firmado, estão totalmente em aberto e somente serão pactuados quando os resultados do acesso ao conhecimento tradicional associado forem eventualmente utilizados na perspectiva da exploração comercial. Isso porque os CURBs remetem a repartição de benefícios a um eventual contrato aditivo a ser firmado quando da (eventual) exploração comercial dos produtos advindos dos conhecimentos tradicionais partilhados.

Ademais, à parte usuária dos conhecimentos tradicionais é permitida até mesmo a opção pela não exploração econômica dos resultados da pesquisa, de modo a impossibilitar totalmente qualquer forma de repartição de benefícios.

Assim, o que se percebe é que os contratos firmados não oferecem às comunidade fornecedoras dos conhecimentos tradicionais nem mesmo a garantia de que existirá alguma forma de repartição de benefício caso a pesquisa possa resultar em produto economicamente viável, muito menos a forma ou os percentuais aplicados na hipótese de a exploração comercial de fato existir.

Ora, parece estranho contratar com uma comunidade tradicional oferecendo como contrapartida uma repartição improvável e, caso existente, absolutamente incerta e em aberto. Especialmente quando se percebe que a parcela exigida de tais comunidades, vale dizer o fornecimento de seus conhecimentos ancestrais, essa, sim, é exigida de pronto e de forma imediata.

Ademais, após o fornecimento do conhecimento tradicional por parte da comunidade quando da celebração do CURB, o poder de barganha da comunidade tradicional é rigorosamente diminuído para o momento da celebração do eventual contrato aditivo. Uma vez tendo sido partilhado o conhecimento, o que quer que se estabeleça como repartição de benefícios é melhor do que sua ausência para a comunidade tradicional, o que era a realidade até o surgimento do aleatório produto economicamente viável.

A reflexão acima conduz à análise do requisito “a” mencionado. Embora a anuência prévia obtida nos autos dos processos administrativos tenha aparentemente passado por todos os crivos de formalidade, como foi relatado, a pergunta que permanece é a seguinte: como considerar válida e consistente uma anuência em que não se conhece a contrapartida dos termos com os quais se anuiu?

Se os termos da repartição de benefícios são absolutamente desconhecidos, a anuência prévia dada à exploração dos conhecimentos tradicionais parece de toda enfraquecida, como uma anuência dada às cegas, sem o necessário discernimento, somente trazido à tona por meio da total transparência dos termos acordados entre as partes.

Na análise dos dois primeiros requisitos eleitos neste trabalho como balizas à concretude do sistema atual de repartição de benefícios, percebe-se claro descompasso de informação, “empoderamento” e força entre as partes contratantes. Parece que a ausência de voz das comunidades locais na elaboração da legislação e na real composição do CGEN, infelizmente, também se faz presente na relação contratual ratificada pelo Poder Público brasileiro.

Na análise do terceiro requisito, aqui denominado “c”, tem-se que, como o artigo 28 da MP 2.186-16/2001, em seu inciso III, coloca a transferência e o acesso à tecnologia, por parte da comunidade provedora, como mera opção dos contratantes, em oposição à importância dada nos Protocolos internacionais, como o Protocolo de Nagoya, que vê tal transferência como uma necessidade, não se faz presente, de um modo

geral, em cláusulas dos CURBs analisados sequer mera menção a tal transferência tecnológica<sup>14</sup>.

A exceção foi o processo administrativo n. 02000.000175/2012-65 (Schwaab Company – requerente). Tal contrato se diferencia dos demais ao prever acesso à transferência de tecnologia referente à extração de óleos, bem como assessoria técnico-administrativa. Neste particular, o contrato inova ao cumprir, tanto formal quanto materialmente, o objetivo da legislação internacional de provocar verdadeiro intercâmbio entre os conhecimentos ditos científicos e os tradicionais. Assim, não apenas a comunidade tradicional repassa suas matérias-primas à empresa, como recebe dela informações não eventuais acerca da tecnologia envolvida na atividade de extração de óleos.

No que diz respeito aos direitos de propriedade intelectual, requisito “d” no sistema de análise desenvolvido ao longo do artigo, a hipossuficiência contratual das comunidades tradicionais torna-se ainda mais clara.

Como se não fosse estranho o bastante uma comunidade detentora de um conhecimento específico, com valor mercadológico, anuir a um contrato sem saber se e o quanto se beneficiará com suas novas obrigações contratualmente adquiridas, no que toca à repartição de benefícios, causa ainda mais espécie essa mesma comunidade anuir a abrir mão total e completamente de qualquer direito de propriedade intelectual advindo da pesquisa com a qual colaborou.

Neste particular, há, nos seis contratos analisados, tão somente a exceção representada pelo processo administrativo 02000.000591/2012-92 (UFRJ – requerente). Boa surpresa é percebida quando da análise da Cláusula 7ª do CURB analisado, a qual prevê que os eventuais direitos de propriedade intelectual sobre todo e qualquer produto ou processo desenvolvido em decorrência da execução do contrato pertencerão à contratante e à contratada.

Assim, houve a previsão da partilha de direitos de propriedade intelectual entre as partes contratantes, de modo a ser chegar a um cumprimento material do requisito “d”, acima indicado.

---

14 O Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e a Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Advindos de sua Utilização (ABS) é um acordo complementar a Convenção sobre Diversidade Biológica e foi adotada em 29 de outubro de 2010. Até o presente momento, o Protocolo conta com 92 assinaturas e 40 ratificações.

De um modo geral, a análise dos quatro requisitos eleitos como balizadores da efetiva proteção aos conhecimentos tradicionais leva à conclusão de que, embora o Poder Público brasileiro se faça presente, por meio da atuação do CGEN/MMA, a igualdade entre as partes contratuais em termos de fixação de cláusulas negociais parece um objetivo deveras distante de ser alcançado, especialmente em termos materiais.

O que se percebe é, tristemente, a chancela estatal em contrato claramente tendente aos interesses da parte usuária dos conhecimentos tradicionais e detentora da tecnologia de saberes dominantes.

Ao que parece, a legislação, até o momento presente no Brasil, no que diz respeito aos conhecimentos tradicionais, não parece nada eficiente no combate à já mencionada inconteste e opressora hegemonia do saber científico sobre as demais formas de saber, estas consideradas como menores ou menos importantes.

A colimada ecologia de saberes ainda não se faz presente na realidade brasileira e, pior, a MP 2.186-16/2001 em nada parece contribuir para que se faça.

#### **A) ELABORAÇÃO DE TABELA COMPARATIVA CONCLUSIVA**

Concluída a análise individualizada dos requisitos acima traçados como balizadores, cumpre demonstrar, de modo condensado, em tabela comparativa conclusiva, o nível de concretude do respeito aos preceitos nacional e internacionalmente preconizados acerca do tema.

Ressalta-se que, para que a análise decorra da maneira mais fidedigna possível, os requisitos presentes na tabela abaixo norteiam-se pelo entendimento de que o cumprimento meramente pró-forma dos aludidos requisitos em nada vão ao encontro dos fins colimados em regramentos que visam à efetiva tutela dos interesses das populações tradicionais e à concretização de uma repartição justa e equitativa de benefícios.

<i>Processo Administrativo</i>	<i>Anuência Prévia (consciente e consistente)</i>	<i>Repartição Justa e Equitativa de Benefícios</i>	<i>Transferência de Tecnologia (em via de mão dupla)</i>	<i>Direitos de Prop. Intelectual (repartidos)</i>
02000.004048/2006-16 (UFAM – requerente) – <i>Aprovado</i>	Não	Não	Não	Não
02000.000324/2010-53 (UEM – requerente) – <i>Aprovado</i>	Não	Não	Não	Não
02000.002921/2010-12 (Raros – requerente) – <i>Não aprovado</i>	Não	Não	Não	Não
02000.000591/2012-92 (UFRJ – requerente) – <i>Aprovado</i>	Não	Não	Não	Sim
02000.000175/2012-65 (Schwaab Company – requerente) – <i>Pendente</i>	Não	Não	Sim	Não
02000.002688/2012-30 (Raros – requerente) – <i>Não aprovado</i>	Não	Não	Não	Não

A ocorrência de tão-somente dois cumprimentos materiais nas previsões contratuais analisadas no que tange à efetivação dos requisitos tidos pela legislação como fundamentais mostra, como se percebeu quando da análise individualizada dos processos administrativos, a pouca eficiência do sistema atualmente vigente no Brasil.

Parece que o órgão gestor de tais contratos se tem contentado apenas em analisar os requisitos de modo pró-forma, sem creditar ao Termo de Anuência Prévia ou mesmo às cláusulas do CURB o poder destes encerrarem em si verdadeiras ferramentas transformadoras da

realidade brasileira no que toca à substituição de uma lógica de usurpação de conhecimentos tradicionais e, muitas vezes, de pirataria, para uma dinâmica de real repartição de conhecimentos, benefícios e modos de experimentar o mundo.

A tabela conclusiva demonstra, portanto, a falta de concretude do atual desenho brasileiro, no que pesem as grandes exigências documentais e formais a serem cumpridas pelos requerentes para o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade.

Desse modo, encontram-se divorciados os fins colimados pela legislação e a real tutela desses fins por meio da execução concreta do sistema legislativo vigente.

Pelo exposto, tem-se aqui um jogo em que há uma clara assimetria de informações – os detentores dos conhecimentos tradicionais não sabem o que nem o quanto ganharão a título de repartição de benefícios, caso ela venha eventualmente a ocorrer.

Em termos de incentivos gerados pela MP, tem-se que, ante o ausente poder de barganha das comunidades tradicionais quando da eventual comercialização do produto fruto da utilização do conhecimento tradicional, os usuários de tais conhecimentos firmam seus comportamentos, racionalmente, de forma a não repartir benefícios após a detenção das informações obtidas junto às comunidades tradicionais.

Nesse sentido, a estrutura de incentivos gerada pela MP n. 2.186-16/2001 vai de encontro à perquirida repartição de benefícios.

### **2.3 JOGO 2. MUDANÇA LEGISLATIVA**

Recentemente, houve a publicação da Lei n. 13.123/2015, que veio substituir a Medida Provisória acima mencionado no tema ora em debate.

No que toca à repartição de benefícios em conhecimentos tradicionais, pode-se traçar um quadro comparativo para a análise de eventuais avanços legislativos, vejamos.

MP 2.186-16/2001	Lei 13.123/2015
<i>Termos da repartição em aberto (a serem firmados em eventual contrato aditivo).</i>	<i>Arts. 20 e 21: repartição monetária – Mínimo de 0,1% da receita líquida anual obtida com a exploração econômica do produto acabado. Em algumas repartições não monetárias (art. 22) – 75% do previsto para repartição monetária.</i>
<i>Repartição apenas em caso de produtos acabados (não atingindo nem mesmo produtos intermediários)</i>	<i>Repartição apenas em caso de produtos acabados (não atingindo nem mesmo produtos intermediários)</i>
Possibilidade de pela não exploração econômica dos resultados da pesquisa, de modo a impossibilitar totalmente qualquer forma de repartição de benefícios.	Possibilidade de pela não exploração econômica dos resultados da pesquisa, de modo a impossibilitar totalmente qualquer forma de repartição de benefícios.

A partir da tabela acima, nota-se um avanço, neste jogo, no que diz respeito à assimetria de informações. Os detentores dos conhecimentos tradicionais passam a ter balizas legais mínimas para o *quantum* a ser repartido pelo compartilhamento do conhecimento partilhado.

Nada obstante, as mudanças no jogo param por aí. Frente a permanência da obrigação da repartição apenas em caso de resultado econômico obtido por exploração de produto eventualmente resultante do compartilhamento de conhecimentos tradicionais, a estrutura de incentivos permanece rigorosamente a mesma, mantenedora de um desequilíbrio de forças.

Contrata-se uma comunidade tradicional oferecendo como contrapartida uma repartição improvável. No entanto, a parcela exigida de tais comunidades deve ser fornecida de pronto e de forma imediata.

A dramática diminuição do poder de barganha da comunidade tradicional após a partilha do conhecimento permanece: o que quer que se estabeleça como repartição de benefícios é melhor do que nada.

Assim, a geração do comportamento oportunista pelo usuário do CTA não é coibida pela nova legislação, mas, sim, incentivada.

### 3 CONCLUSÕES

Este artigo objetivou a análise da real efetividade ou não da repartição de benefícios a partir da utilização de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, por intermédio de contratos de utilização do patrimônio genético e repartição de benefícios firmados no Brasil, em conformidade com os regramentos nacionais e internacionais concernentes ao tema.

A partir do prisma da proteção dispensada aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, foi examinado o real patamar de proteção alcançado pelos mecanismos utilizados pelo instrumento legislativo em vigor no Brasil com vistas à plena consecução dos objetivos presentes na Convenção de Diversidade Biológica – base internacional preparatória para que se criasse a regulamentação nacional do acesso aos recursos genéticos, da proteção e acesso aos conhecimentos tradicionais, bem como da repartição de benefícios entre provedores e usuários.

Assim, com vistas à confirmação concreta e real dos instrumentos eleitos pela legislação brasileira como suficientes à proteção dos conhecimentos tradicionais, partiu-se à análise dos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e Repartição de Benefícios (CURBs), submetidos à aprovação do CGEN, envolvendo conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

A partir da análise concreta de dados oriundos de órgão executor do sistema brasileiro de proteção aos conhecimentos tradicionais, bem como a partir da observação de alteração legislativa concernente ao tema, percebeu-se a manutenção do já usual desequilíbrio de forças contratuais entre os provedores dos conhecimentos tradicionais e seus usuários.

O mais surpreendente, sem dúvida, é compreender, pela metodologia da Análise Econômica do Direito, que a não concretização da repartição de benefícios é fruto do sistema legais de incentivos que regem a matérias, geradores de comportamentos racionais estratégicos não desejados por parte dos usuários de conhecimentos tradicionais.

Notou-se que o incentivo legal deu-se, mesmo com a alteração legislativa, no sentido da obrigatoriedade da repartição apenas em caso de existência de resultado econômico obtido por exploração de produto eventualmente oriundo do compartilhamento de conhecimentos tradicionais.

Ocorre que, em termos de comportamento estratégico dos jogadores envolvidos, após o fornecimento do conhecimento tradicional por parte

da comunidade quando da celebração do CURB, o poder de barganha da comunidade tradicional é rigorosamente diminuído para o momento da celebração do eventual contrato aditivo.

Uma vez tendo sido partilhado o conhecimento, o que quer que se estabeleça como repartição de benefícios é melhor do que sua ausência para a comunidade tradicional, o que já era a realidade até o surgimento do aleatório produto economicamente viável.

Tal sistema de incentivos passa ao largo da compreensão de que a experiência social em todo o mundo é muito mais ampla e variada do que o que a tradição científica ou filosófica ocidental conhece ou considera importante, bem como da necessidade de se ter o compartilhamento de conhecimentos tradicionais como instrumento verdadeiro de diálogo de saberes e de transformação social.<sup>15</sup>

Assim, somente a partir de uma busca honesta e efetiva de real cumprimento material dos requisitos estabelecidos nas legislações concernentes ao tema, pode-se chegar, por meio da participação concreta das populações tradicionais envolvidas, nos fins colimados na Convenção de Diversidade Biológica, de partilha de saberes e de visões de mundo, com vistas a um desenvolvimento mútuo de provedores e usuários de conhecimentos tradicionais.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, A. B. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações*. Disponível em: <Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações>. Acesso em: 24 ago. 2016.

ANDERSON, Regine; TVEDT, Morten Walloe; FAUCHALD, Ole Kristian; WINGE, Tone; ROSENDAL, Kristin; SCHEI, Peter Johan. *International agreements and processes affecting an international regime on Access and benefit sharing under the Convention on Biological Diversity*. FNI Report 3/2010. Lysaker, FNI, 47 p., 2010.

BARBOSA, Denis Borges. *O paladino da biodiversidade*. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.blogspot.com>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

---

15 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma sociologia de ausências e para uma sociologia de emergências*. Disponível em: <[http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/sociologia\\_das\\_ausencias.pdf](http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/sociologia_das_ausencias.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2013.

BRASIL - MMA (Ministério do Meio Ambiente). *Conférence de Parties - COP*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica/conferencia-das-partes>>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. *Processo administrativo n. 02000.000324/2010-53*. Ministério do Meio Ambiente. Unidade Autuadora: SBF/DPG/AA. Interessado: Universidade Estadual de Maringá – UEM. 3 volumes. 508 p.

BRASIL. *Processo administrativo n. 02000.000591/2012-92*. Ministério do Meio Ambiente. Unidade Autuadora: SBF/DPG/AA. Interessado: Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. 2 volumes. 238 p.

BRASIL. *Processo administrativo n. 02000.001752/2012-65*. Ministério do Meio Ambiente. Unidade Autuadora: SECEX/SPOA/CGGA/DIATA/SERPRO. Interessado: Schwaab Company – Ind. Emp. Exp. Produtos da Amazônia LTDA. 1 volume. 291 p.

BRASIL. *Processo administrativo n. 02000.002688/2012-30*. Ministério do Meio Ambiente. Unidade Autuadora: SBF/DPG/AA. Interessado: Raros Agroindústria S.A. 2 volumes. 196 p.

BRASIL. *Processo administrativo n. 02000.002921/2010-12*. Ministério do Meio Ambiente. Unidade Autuadora: SBF/DPG/AA. Interessado: Raros Agroindústria S.A. 3 volumes. 440 p.

BRASIL. *Processo Administrativo n. 02000.004048/2006-16*. Ministério do Meio Ambiente. Unidade Autuadora: CGGA/SERPRO. Interessado: Universidade Federal do Amazonas - UFAM. 2 volumes. 400 p.

DAES, Erica-Irene. *Etude sur la propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones. Rapport élaboré dans le cadre de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de L'ONU, document : E/CN.4/Sub2/1993/28*. Disponível em: <[http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.1993.28.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.1993.28.En?Opendocument)>. Acesso em: 11 set. 2013.

DIAS, Luciana Laura Carvalho. Costa; MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. Concretização da Repartição de Benefícios em Conhecimentos Tradicionais Associados à Biodiversidade no Brasil. *Veredas do Direito*, v. 12, p. 28, 2015.

GERVAIS, Daniel J. Traditional Knowledge & Intellectual Property: A TRIPS-Compatible Approach. *Michigan State Law Review*, p. 137, Spring 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=507302>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

GERVAIS, Daniel J. Traditional Knowledge: Are We Closer to the Answers? The Potential Role of Geographical Indications (April 5, 2009). *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 15, n. 2, p. 551-567, 2009; *Vanderbilt Public Law Research Paper*, n. 09-18. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1444516>>. Acesso em: 04 ago. 2012.

GLOBAL GOVERNANCE OF GENETIC RESOURCES: *Acess and Benefit-Sharing after the Nagoya Protocol*, edited by Sebastian Oberthur e G. Kristin Rosendal, Routledge, 2014.

ICTSD • *Resultados da COP 8*. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/pontesquinzenal/5142/>>. Acesso em: 18 out. 2013.

ICTSD • *The quest for effective traditional knowledge protection: some reflections on WIPO's recent IGC discussions*. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/bioresreview/135678/>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

INPI – Instituto Nacional de Propriedade Intelectual. *Relatório de Atividade 2011-2012*. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/images/docs/livro\\_inpi\\_portugues\\_final.pdf](http://www.inpi.gov.br/images/docs/livro_inpi_portugues_final.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2013.

INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial). Portal. *Guia Básico de patentes*. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/guia\\_basico\\_patentes](http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/guia_basico_patentes)>. Acesso em: 28 nov. 2013.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. Repartição de benefícios na atual legislação e nos projetos de lei no Brasil. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora (Coord.) et al. *Meio ambiente, direito e biotecnologia: estudos em homenagem ao prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado*. Curitiba: Juruá, 2010.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. Acesso ao patrimônio genético brasileiro e aos conhecimentos tradicionais associados. In: *Conservação da biodiversidade: legislação e políticas públicas / Roseli Senna Ganem (org.) – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.*

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2009/10/biomas-brasileiros>>. Acesso em: 06 dez. 2013.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Quarto relatório nacional para a convenção sobre diversidade biológica: Brasil/Ministério do Meio Ambiente*. Brasília: MMA, 2011.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Departamento do Patrimônio Genético. Secretaria Executiva do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80043/relatorio-cgen-2012.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

NAGAN, Winston P.; MORDUJOVICH, Eduardo J.; OTVOS, Judit K.; TAYLOR, Jason. Misappropriation of Shuar Traditional Knowledge (TK) and Trade Secrets: A Case Study on Biopiracy in the Amazon (2009). *Journal of Technology Law and Policy*, v. 15, n. 9, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1722823>>. Acesso em: 16 out. 2013.

NAIME, Roberto. *Ecodebate sobre biodiversidade*. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2010/06/28/saiba-mais-biodiversidade-artigo-deroberto-naime>>. Acesso em: 15 out. 2010.

NÓBREGA, A. C. V. An nova lei de responsabilização de pessoas jurídicas como estrutura de incentivos aos agentes. *EALR*, v. 5, n. 1, p. 62-76, jan./jun. 2014.

OLDHAM, Paul D.; HALL, Stephen. *A European Patent Indicator for Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing*. April 30, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1397108>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1397108>>. Acesso em: 18 out. 2013.

OLDHAM, Paul D. *Negotiating Diversity: a Field Guide to the Convention on Biological Diversity* (2003). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1331543>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1331543>>. Acesso em: 18 out. 2013.

OMPI, *PCT yearly review*, 2012. Disponível em: <<http://www.wipo.int/pct/en/activity/index.html>>. Acesso em: 03 de jul. 2014.

PIMENTA, E. G.; LANA, H. A. R. P. *Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil*. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_e\\_sua\\_relacao\\_com\\_o\\_direito\\_civil.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/analise_economica_do_direito_e_sua_relacao_com_o_direito_civil.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2016.

*PLANO NACIONAL DE AGROENERGIA 2006-2011*/Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Secretaria de Produção e Agroenergia. 2. ed. revisada, Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2006.

PLATIEU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

REIS, P. R.; OLIVEIRA, A. L. *A teoria dos jogos aplicada aos institutos despenalizados do Sistema jurídico brasileiro*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=9632&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9632&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 11 set. 2015.

SANTILLI, Juliana. *Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores*. São Paulo: Petrópolis, 2009.

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 83/102, jan./mar. 2003.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos – Proteção Jurídica à Diversidade Biológica e Cultural*. São Paulo, Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 79, nov. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002007000300004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000300004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 06 dez. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma sociologia de ausências e para uma sociologia de emergências*. Disponível em: <[http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/sociologia\\_das\\_ausencias.pdf](http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/sociologia_das_ausencias.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2013.

SCHUARTZ, L. F. *Introdução à teoria da decisão*. Disponível em: <[http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/7/7e/Introdu%C3%A7%C3%A3o\\_a\\_Teoria\\_da\\_Decis%C3%A3o.pdf](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/7/7e/Introdu%C3%A7%C3%A3o_a_Teoria_da_Decis%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2015.

SOCIEDADE BRASILEIRA PARA O PROGRESSO DA CIÊNCIA. *Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais Associados: implementação da legislação de acesso e repartição de benefícios no Brasil*. Organizado por Simone Nunes Ferreira e Maria José Amstalden Moraes Sampaio, 2013.

VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia G. *Indigenous and Local Communities Governance: Innovative Laws on Genetic Resources Management* (November 6, 2003). *Innovative Governance* (Hanna Jaireth & Dermot Smyth, IUCN, Anne Books, 2003). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2172081>>. Acesso em: 16 out. 2013.

RECEBIDO EM: 04/07/2017

APROVADO EM: 31/07/2017

# **CORRUPÇÃO E OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL<sup>1</sup>**

***CORRUPTION AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS***

*Magno Federici Gomes*

*Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-  
Portugal e em Direito Civil e Processual Civil. Doutor em Direito e Mestre em  
Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha.*

*Mestre em Educação pela PUC Minas.*

*Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na  
Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor  
Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado*

*Warley Ribeiro Oliveira*

*Mestrando em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom  
Helder Câmara. Advogado militante*

---

<sup>1</sup> Trabalho financiado pelo Edital nº 05/2016 (Projeto nº FIP 2016/11173-S2) do FIP/PUC MINAS, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): REGA, NEGESP, Análise da Constituição Ecológica e CEDIS (FCT-PT).

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Corrupção; 2 Dimensão jurídico política da sustentabilidade sob o viés do direito à boa administração pública; 3 Objetivo do desenvolvimento sustentável 16.5: reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** A corrupção atinge todo o planeta, com isso a Organização das Nações Unidas (ONU), visando um desenvolvimento mundial sustentável, lançou em 2015 os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), abordando como uma das metas a redução da corrupção e o suborno nas instituições. Objetiva-se, a partir da nova ótica da sustentabilidade, a análise da dimensão jurídico política em conjunto com a participação social, para reduzir a corrupção em todas as suas formas. Utilizou-se no trabalho a metodologia teórico-documental, com técnica dedutiva. Demonstrou-se a necessidade de formas efetivas de combate à corrupção e ao suborno, revendo a nomeação de gestores administrativos por motivações político-partidárias, inclusive com novas formas de accountability.

**PALAVRAS-CHAVE:** Corrupção. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Sustentabilidade. Administração Pública. Accountability.

**ABSTRACT:** Corruption affects the entire planet and the UN aiming for sustainable global development launched in 2015 the Sustainable Development Goals, addressing one of the goals of reducing corruption and bribery in institutions. Parallel to the new perspective of sustainability, in the analysis of the political legal dimension, it is argued that in sustainability the effective participation of society is essential. Theoretical-documentary methodology was used, with a deductive technique, demonstrating the need for effective ways of combating corruption and bribery, reviewing the appointment of administrative managers for partisan political motivations, including new forms of accountability

**KEYWORDS:** Corruption. Sustainable Development Goals. Sustainability. Public Administration. Accountability.

## **INTRODUÇÃO**

A corrupção é um mal que não se limita ao Brasil, já que é algo notoriamente identificado na gestão de diversos países, independente de seu poder econômico. Países, setores e instituições que estavam, a princípio, acima de qualquer suspeita são flagradas em atos ilícitos que vão de fraudes financeiras, subornos e superfaturamentos em obras e serviços.

Outro ponto importante é que tais atos imorais e ilícitos não estão diretamente ligados ao desenvolvimento de uma sociedade, já que em grandes economias e em países totalmente desenvolvidos são identificadas práticas de corrupção na gestão de instituições privadas e estatais. Com isso, por ser uma atividade maliciosa na esfera global, a Organização das Nações Unidas (ONU) tem se empenhado de maneira direta no combate a este mal social.

Na busca incansável pelo desenvolvimento mundial, nos últimos séculos sob a ótica da sustentabilidade, não se fala mais em desenvolvimento de forma isolada, sem ser de maneira sustentável. E, adotando as dimensões da sustentabilidade, a ONU lançou em 2015 os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), que são compostos de 17 metas e buscam a paz mundial, a redução da pobreza e o desenvolvimento mundial de forma sustentável.

Assim, o presente artigo tem como objetivo demonstrar que a dimensão jurídico política do desenvolvimento sustentável em conjunto com os ODS, devem trazer formas práticas e efetivas para a redução do suborno e da corrupção nas instituições estatais, abordando a influência política partidária na nomeação de gestores para ocupar cargos da administração no alto escalão do Poder Público.

O problema que se pretende solucionar é se a dimensão jurídico política da sustentabilidade pode ser instrumento de diminuição dos níveis de corrupção na Administração Pública.

Utilizou-se no trabalho a metodologia teórico-documental, com técnica dedutiva e consulta a fontes bibliográficas, tendo como marco teórico a obra de Freitas (2012).

Para isso, o artigo traçará o conceito de corrupção, demonstrando a edição de leis brasileiras para o combate ao suborno e a corrupção, explicitando o avanço legislativo na luta a este problema mundial. Sucessivamente,

discorrerá sobre a dimensão jurídico política da sustentabilidade, demonstrando a importância da participação popular na identificação de agentes corruptos e corruptores na esfera administrativa brasileira, além de analisar os princípios da boa governança e da transparência na Administração Pública. Por fim, estudar-se-á o ODS 16, que tem como objetivo reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas, analisando justamente a dificuldade de se encontrar novas maneiras que tragam mais efetividade, do que a mera aprovação de leis na busca da redução da corrupção e do suborno nas instituições brasileiras.

## 1 CORRUPÇÃO

Desde o surgimento da sociedade o homem encontra-se frente a dilemas que obstam conceitos morais e éticos na gestão pública. Nos tempos medievais, Roma passou por grande separação em 395, quando a luta pelo poder, o tráfico de influências e o crescente número de imunidades dadas a uma parcela da sociedade levaram a morte de Teodósio.

No Brasil, a corrupção começou quando os agentes públicos não se atentaram a exploração ilegal de madeiras brasileiras, ao mercado clandestino de escravos, ao pelo voto de cabresto, e não necessariamente nesta ordem cronológica, com o superfaturamento das obras públicas que se arrastam até os dias atuais. A corrupção pode ser vista por diversas óticas, seja sua configuração através da gestão pública, ou por meio de tráfico de influências, seja através de benefícios próprios ou de pessoas beneficiadas e por meio de suborno<sup>2</sup>. Para isso, será utilizado como conceito de corrupção o entendimento adotado por Brel (1996):

A corrupção é definida como padrão de comportamento que se afasta das normas predominantes em um dado contexto (Friedrich, 1966). Esse comportamento desviante se associa a uma particular motivação, que é o ganho privado a expensas do público. No ato corrupto existe sempre ganho para o corruptor e o corrupto e perda para outros, especialmente o público (BREL, 1996, p. 67).

Na corrupção, o corrupto e corruptor sempre levará vantagem, e na Administração Pública o ônus desse tipo de conduta certamente levará a sociedade a assumir o prejuízo. Não se pode pensar na administração pública como uma área de livre comércio, onde o vendedor pode negociar

---

2 Para aprofundamento em corrupção, mostrando seu impacto no Investimento Direto Estrangeiro (IED) e na sustentabilidade, ver: GOMES; PIGHINI, 2017, p. 22-30.

as condições e os preços de suas mercadorias de acordo com sua percepção e necessidade de venda. No Brasil, a legislação deixa transparente que o agente público deve se pautar pelos princípios da ética e da moralidade, nos termos do art. 37 da CR/1988<sup>3</sup>, com natureza vinculante destes princípios. Leia-se:

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o cumprimento da estrita legalidade, ele deverá respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato administrativo praticado (MORAES, 2005, p. 296).

Assim, é inadmissível que o agente público fique insensível a se pautar a uma postura reta, deixando se influenciar por ofertas, subornos, e situações que afastam os princípios da administração pública, mesmo que de boa fé. Objetivamente, o agente que aceita receber qualquer benefício para a execução de serviços na administração pública, comete ato de improbidade administrativa e deve ser punido nos termos da lei. Leia-se:

Quando o administrador público age contrariando as regras de probidade administrativa também a moralidade administrativa restou prejudicada, desrespeitada, ainda que de forma indireta. Isso ocorre porque o dever da boa administração está ligado ao atendimento à finalidade pública, mas sem flexibilização das normas às quais está submetida a Administração Pública, sob pena de atropelar o ordenamento jurídico. Isto significa que, por mais que esteja bem intencionado o administrador, ele não poderá afastar os preceitos do regime jurídico vigente sob o argumento de que os mesmos impedem ou inviabilizam o interesse público (FRANÇA, 2001, p. 185).

Neste contexto, a sociedade brasileira, esta em constante anseio por uma administração pública pautada em conceitos éticos, morais e legais. No ano de 2010, foi aprovado no Brasil a Lei Complementar (LC) nº 135/2010, que regula os casos de inelegibilidade dos cargos políticos, a referida Lei ficou popularmente conhecida como Lei da Ficha Limpa.

A referida lei pretende impedir a eleição de pessoas que praticam atos ilícitos penais, e que possuíam processos na Justiça Eleitoral. Acredita-se que a Lei da Ficha Limpa foi sim, um avanço na tentativa de reduzir a

3 Art. 37 da CR/1988. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

corrupção no País, contudo, é incontroverso que, apesar de ter sido um passo importante, ainda não é o bastante, já que a corrupção não é uma exclusividade somente dos cargos políticos.

Já no viés econômico, a corrupção tem trazido grandes prejuízos para o Brasil. Ela está interligada ao ordenamento econômico, com superfaturamentos, pagamentos de propinas e desvio de dinheiro público, sendo uma das principais geradoras da desaceleração da economia estatal, causando significativamente o desemprego, a renda da sociedade, o aumento da desigualdade social, a ineficácia do Estado para o atendimento das condições básicas de saúde dos seus cidadãos.

O que se busca atualmente no Brasil é uma administração transparente, pautada na ética, na moralidade e na boa governança, servidores públicos que não necessitam de leis coercitivas para a execução de suas funções. Uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro já possui leis para a punição de agentes públicos que se deixam corromper pelo locupletamento ilícito. Por exemplo, Em 1950, foi editada a Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950), em 1965 foi editada a Lei de Evasão Fiscal (Lei nº 4.729/1965), em 1967 foi editado o Decreto-Lei de Crimes de Responsabilidade (Decreto-Lei nº 201/1967) e após a Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, sem prejuízo as demais punições e ações civis e administrativas<sup>4</sup>.

Assim, a solução imediata não é edição de novas leis para a punição de agentes públicos corrupto, e sim, uma mudança de postura do próprio agente em sua maneira de trabalho, além de uma mudança radical em seus conceitos morais e éticos.

---

4 Art. 1º da Lei nº 8.429/1992. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (BRASIL, 1992).

Para isso, seria viável a implantação do instituto da boa governança no Estado brasileiro, alcançando o anseio da sociedade em uma gestão pública transparente. E como já exposto, por não ser a corrupção algo privativo da sociedade brasileira, o mercado internacional, principalmente o econômico, tem se pautado na boa governança, excluindo de suas relações institucionais países que não acompanham esta visão transparente de administração. Segundo Alcântara (1998):

Embora a sustentação da relação entre um mercado livre e a promoção da democracia e do fortalecimento da sociedade civil ser mais visível em discurso do que em um liame concreto de correlação, esse discurso adquiriu força na medida em que os países emergentes precisavam dos incentivos das organizações financeiras internacionais para se desenvolverem e se incluírem no mercado financeiro. Conseqüentemente, foi com base nesse discurso de parâmetros mínimos de governança que as agências da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) conseguiram impor os programas sob a forma de “políticas condicionais” para concessão e auxílios (ALCÁNTARA, 1998, p. 105).

Ocorre no Brasil um tratamento verticalizado da fiscalização legal, onde o Estado regula e os administrados se sujeitam a regulação imposta pelo Estado, não há uma fiscalização por parte do administrado, sendo este um fator significativo para a corrupção nos setores da administração.

Por fim, a corrupção no Brasil tem colocado o país em uma posição desconfortável quando comparada com os demais países do mundo. De acordo com a instituição *transparency internacional* o Brasil encerrou o ano de 2016 ocupando a 79ª colocação do índice de corrupção mundial, em uma lista com 176 países. Sendo que na América do Sul foi considerado com mais fatores de corrupção que países como Uruguai, Chile, Bahamas e Cuba.

Ainda no intuito de reduzir cada vez mais esse cenário de corrupção que tem tomado conta do Brasil, no ano de 2013 foi editada a Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei anticorrupção, cujo objetivo principal é prever a responsabilidade objetiva, tanto no âmbito civil e administrativo, de empresas que cometem atos lesivos contra a administração pública, assim a referida previsão de responsabilização objetiva encontra-se explícita no art. 1º e 2º da Lei<sup>5</sup>.

5 Art. 1o da Lei nº 12.846/2013. Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado,

Outro ponto importante da lei de anticorrupção são as penas mais severas em pecúnias que podem chegar a 20% do faturamento bruto da empresa que comete ato de corrupção, podendo ainda, na ação judicial ser imposta a pena de dissolução compulsória da pessoa jurídica.

De tal modo, com o objetivo de seguir o padrão internacional de transparência e boa governança, encontra-se previsto na lei de anticorrupção os acordos de leniência para as empresas que de alguma forma cooperar com as investigações em prol da identificação de pessoas que cometem o crime de corrupção, previsto no art. 16 da Lei Anticorrupção<sup>6</sup>. Leia-se:

Trata-se de acordo substitutivo: atos administrativos complexos, por meio dos quais a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primariamente exigível, por outra secundariamente negociável (NETO; RAFAEL, 2014, p. 18).

Com a referida previsão, mais uma vez o Brasil prossegue no intuito de obter os padrões internacionais de boa governança e transparência na gestão pública, sempre com a missão de identificar os infratores, punir e retirá-los da administração estatal.

## **2 DIMENSÃO JURÍDICO POLÍTICA DA SUSTENTABILIDADE SOB O VIÉS DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Neste século muito se fala em sustentabilidade, contudo, há uma popularização deste termo, sem se observar o real significado e a real motivação quando no uso do termo levianamente, restando inobservado a importância deste instituto para uma busca de vida melhor para o indivíduo e para coletividade seja para está ou para as próximas gerações.

---

bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (BRASIL, 2013).

6 Art. 16 da Lei nº 12.846/2013. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (BRASIL, 2013).

Para evitar este equívoco, o presente artigo tratará da sustentabilidade sob a ótica do autor Freitas (2012), que dimensiona a sustentabilidade em cinco pilares, sejam eles, social, ética, jurídico política, econômica e ambiental. Sendo uma dependente da outra, interligadas, na qual quando há uma ineficiência de alguma, não é possível alcançar a sustentabilidade. Segundo o autor (2012), “sustentabilidade apresenta feições multidimensionais, vale dizer, é ética, social, econômica, jurídico político e ambiental: qualquer concepção unilateral, excessivamente reducionista, afigura-se flagrantemente errada e distorcida” (FREITAS, 2012, p. 20).

Nesta concepção, este estudo vai além do tradicional tripé dado ao desenvolvimento sustentável, que divide este princípio em desenvolvimento social, econômico e ambiental, conceito este que teve como base Triple Bottom Line. Conforme Cezar (2014):

Um dos conceitos de sustentabilidade mais utilizado e conhecido é o conceito baseado no modelo Triple Bottom Line ou tripé da sustentabilidade que afirma que “para ser sustentável o desenvolvimento deve ser economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente correto”(BOFF, 2013, p. 43).Esse conceito foi criado em 1990 pelo britânico John Elkington, fundador da ONG SustainAbility, empresa de consultoria de negócios sustentáveis (CEZAR, 2014, p. 19).

Assim, na ótica defendida por Freitas (2012), o princípio do desenvolvimento sustentável vai além do conceito criado por Elkington, pois deve abarcar também a dimensão jurídico política e a dimensão da ética, que serão exatamente objetos deste estudo. Leia-se:

Trata-se de um princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem estar (FREITAS, 2012, p. 41).

A dimensão jurídico política do desenvolvimento sustentável defendida por Freitas (2012), deixa transparente de que para um desenvolvimento sustentável saudável, deve uma sociedade ser participante ativamente do ordenamento político e jurídico a ela aplicada. O cidadão não pode ignorar suas leis e seu governo, visando apenas seu próprio interesse, assim define Freitas (2012):

Dimensão jurídico política ecoa o sentido de que a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro, e, assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão (titular de cidadania ambiental ou ecológica), nesse status, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal dos direitos e deveres fundamentais das gerações presentes e futuras, sempre que viável diretamente (FREITAS, 2012, p. 67).

Vale ressaltar que o desenvolvimento não pode ser algo com uma concepção unilateral, com a participação do Estado apenas na economia. Ao perceber essa concepção, Almeida e Engelmann (2010) apresentam um conceito mais amplo de desenvolvimento que deve ser aplicado para o trabalho da administração pública no instituto do desenvolvimento, veja:

Uma ampla concepção de desenvolvimento requer, obrigatoriamente, que o Estado esteja presente tanto na economia quanto na sociedade, integrado com os demais atores sociais para que seja possível alcançar os objetivos desenvolvimentistas. Assim, liberdade passa, então, a representar a capacidade crítica e consciente de o indivíduo existir na sociedade em relação à atividade institucional. Mais do que isso, a sustentabilidade requer, além de uma orientação individual e consciente, a firmação de responsabilidades objetivas e públicas, cujo sentido atinja à universalidade, enquanto processo integral de firmação de um contexto seguro e possível para as gerações futuras (ALMEIDA, ENGELMANN, 2010, p. 14).

Na Administração Pública não é diferente, seus agentes devem participar ativamente do desenvolvimento da gestão política, sempre na busca da boa governança, na aplicação de valores morais e éticos, principalmente quando a própria CR/1988 define ser dever do Poder Público e da coletividade zelar pelo desenvolvimento, avançando além da geração presente e visando também a geração futura<sup>7</sup>.

Portanto, a aplicação do desenvolvimento sustentável em sua dimensão jurídico política tem caráter vinculante para a Administração Pública, sendo vedado ao administrador e seus agentes a não observância de critérios éticos e transparentes em sua atuação quando investido do poder de agente público.

7 Art. 225 da CR/1988. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Necessita a Administração Pública zelar pela sua transparência, buscando a boa governança, aplicando a legislação de forma correta, e sempre afastando de sua gestão atos que possam manchar a imagem do poder estatal. O Brasil possui um ordenamento legislativo bem amplo para que a Administração Pública zele pelo desenvolvimento, seja ele ambiental, social, ético, jurídico político e econômico.

Uma das melhores ferramentas para se buscar a boa governança e a transparência no Poder Público foi a edição da Lei nº 8.666/1993, que instituiu a obrigatoriedade das licitações para os contratos firmados pela Administração Pública e o particular. Esta lei invocou, ainda que superficialmente, uma clareza aos contratos firmados entre o particular e o ente público, pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, principalmente, pelo princípio da publicidade, transparecendo os atos efetuados nos contratos públicos, possibilitando a sociedade ter acesso ao processo administrativo para sua própria averiguação.

No ano de 2010, o legislador, no intuito de buscar o desenvolvimento sustentável, pautados pela dimensão jurídico política defendida por Freitas (2012), incluiu no art. 3º da Lei de Licitação o princípio do desenvolvimento sustentável, como um princípio norteador das licitações publicas efetuadas pelo ente estatal<sup>8</sup>.

Assim o Estado avançou significativamente na busca de uma boa governança no estímulo do consumo de bens sustentáveis e de serviços que prezam pela sustentabilidade não só dessa geração, mas buscando o resguardar o meio ambiente sustentável para as gerações futuras. Não obstante, na análise da dimensão jurídico política da boa governança da Administração Pública, o Estado ao incluir o desenvolvimento sustentável na Lei de Licitações, aplicou os arts. 170, inciso VI, art. 173 e art. 174 da CR/1988, como instrumento de política pública, possibilitando a dupla função: regulador do mercado de produção, assumindo função interventiva na economia; estimulador do consumo sustentável, tornando-se instrumento de fomento de novos mercados (BARROSO FILHO, 2012, p. 57).

Portanto, na dimensão politico-jurídica do desenvolvimento sustentável, deve a administração buscar a aplicação da boa governança

---

8 Art. 3o da Lei nº 8.666/1993. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993).

de maneira transparente, garantido os direitos fundamentais aos cidadãos de maneira imediata e direta, assegurando o desenvolvimento para a geração presente e visando preservar para a geração futura, sempre em viés de que o desenvolvimento sustentável deve ser entendido em conjunto com todas suas dimensões, interligadas e inseparáveis uma da outra, sob pena de não se alcançar o referido desenvolvimento em sua plenitude na Administração Pública.

### **3 OBJETIVO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 16.5: REDUZIR SUBSTANCIALMENTE A CORRUPÇÃO E O SUBORNO EM TODAS AS SUAS FORMAS**

Com a missão de auxiliar e prover os países mais frágeis, além de envolver países mais poderosos na busca do desenvolvimento mundial, tomando como parâmetro os oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), a ONU apresentou no ano de 2015 os ODS.

Os ODS são compostos de 17 objetivos divididos em 169 metas que abordam questões para o alcance do desenvolvimento sustentável no mundo. Os objetivos abordam questões como a pobreza no mundo, educação de qualidade igualdade de gênero, trabalho descente, entre outros, com o intuito de orientar o desenvolvimento mundial pelos próximos 15 anos. Conforme pronunciamento de Helen Clark (PNUD, 2015), veja-se: “os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável orientarão o desenvolvimento para os próximos quinze anos, oferecendo uma oportunidade de atender aspirações globais dos cidadãos para um futuro mais pacífico, próspero e sustentável” (PNUD, 2015).

Essa nova iniciativa tomada pela ONU teve a adesão de 193 Estados Membros da ONU, com base em três pilares, que visam acabar com a pobreza, proteger o planeta e garantia da prosperidade.

No objetivo nº 16, encontra-se o tema que busca o desenvolvimento sustentável através da paz, justiça e instituições eficazes, com grande investimento da ONU na redução da violência, das taxas de mortalidades, acesso à jurisdição, o desenvolvimento das instituições buscando a sua responsabilidade e sua transparência, reduzindo substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas.

Com se pode perceber, a ONU tem percebido e investido diretamente em uma questão que aflige todo o mundo, inclusive o Brasil, com a aplicação das dimensões do desenvolvimento sustentável, cada vez mais forte na

interpretação do desenvolvimento no planeta, introduzindo uma nova interpretação, a definição de desenvolvimento sustentável baseada apenas em desenvolvimento econômico, social e ambiental<sup>9</sup>. Abordando diversas dimensões para o desenvolvimento sustentável mundial.

A busca pelo desenvolvimento sustentável mundial e conexo diretamente com a redução da corrupção e do suborno na gestão em um país, e a ONU inclui esta meta nos ODS, reconhecendo que o crescimento desse mal que assola o mundo, principalmente nos países ainda em desenvolvimento, tem trazido um retrocesso a política pública e na busca por uma gestão eficaz, baseadas na transparência e na boa governança, não podendo a ONU ignorar este problema. Conforme se pode perceber no documentário da conferência RIO+20, 2015:

O desenvolvimento sustentável não pode ser levado a cabo sem paz e segurança; e paz e segurança estarão em risco sem o desenvolvimento sustentável. A nova Agenda reconhece a necessidade de se construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas que ofereçam igualdade de acesso à justiça e que tenham como fundamento o respeito aos direitos humanos (incluindo o direito ao desenvolvimento), o efetivo Estado de Direito e a boa governança em todos os níveis e em instituições transparentes, eficazes e responsáveis. Fatores que dão origem à violência, insegurança e injustiça, como a desigualdade, a corrupção, a má governança e os fluxos financeiros e de armas ilegais, são abordados na Agenda (PNUD, 2015, p. 9).

Nesta mesma linha, com também a adesão do Brasil aos ODS, as instituições brasileiras têm buscado a redução da corrupção e do suborno na gestão da política pública, com operações efetivas para a identificação de agentes que se submetem a este tipo de conduta.

Porém, antes mesmo do lançamento dos ODS, o Brasil já estava investindo na redução da corrupção e do suborno em suas instituições, pelo menos na edição de conjunto normativos. Já que leis como a criminalização do ato de lavagem de dinheiro e a Lei de anticorrupção, foram editadas em datas anteriores aos lançamentos dos ODS pela ONU.

---

9 Para analisar a ideia de desenvolvimento econômico em contraposição ao desenvolvimento sustentável e estudar um caso concreto, ver: BIZAWU; GOMES, 2016, p. 18-21.

O que se pode perceber é que os ODS buscam mais do que normas instituídas sobre o tema, a missão da ONU no lançamento desses objetivos é criar atitudes reais para o desenvolvimento sustentável, e para que isso ocorra é preciso uma participação do Poder Público efetivamente na identificação de agentes que praticam tais atitudes, o grande problema gira em torno da grande corrupção local, que acaba refletindo na gestão global dos demais problemas da sociedade. Assim, com a extinção da corrupção e do suborno, os demais problemas da sociedade podem ser identificados de forma mais simples, pois com gestão transparente e finanças adequadas pode-se alcançar certo conforto para as demandas que a comunidade mundial é carente.

O suborno e a corrupção como estão sendo visto neste estudo, não é algo novo na sociedade humana, mas é algo que pode ser extinto ou reduzido substancialmente com políticas de gestão que prezam pela transparência e boa governança, buscando conceitos éticos e morais para a gestão das atividades estatais.

Este mal é algo que fica mais latente na política, fazendo com que uma parcela da sociedade creia ser possível ter uma gestão sem a presença de políticos e que isso extinguiria a corrupção e o suborno na Administração Pública. Ora, primeiramente é impossível separar a administração pública dos conceitos políticos, já a participação política na administração pública, ao menos no maior escalão, está enraizada por nomeações baseadas por critérios e interesses políticos, o que incentiva, mesmo de forma direta, a corrupção e o suborno. Assim:

Finalmente, é impossível separar a administração da política e do Estado. Administração não é só uma questão de eficiência e regras racionais; mas envolve inerentemente escolhas políticas, ou ao menos dependentes de como comportam as autoridade eleitas nos Estados Unidos. Elas não podem — coletiva ou individualmente — pensar em todas as circunstâncias possíveis, situações e instâncias que irão surgir. Não importa o quanto tentem os líderes políticos do executivo e legislativo, eles não poderão desenvolver um conjunto de políticas que serão aplicáveis a todas as situações. Os casos individuais não serão atendidos por nenhuma política - nem por várias políticas contraditórias. Portanto, os encarregados da mera implementação eficiente das políticas oficiais autorizadas devem — por definição — tomar decisões políticas também (BENH, 1998, p. 16).

Desta forma, quanto maior for política influenciadora da gestão, mais propicia a corrupção e ao suborno será a administração pública, assim

enquanto a gestão estiver sendo pautada por decisões e interesses político-partidários, maior deve ser o investimento em processos de transparência e identificação de agentes cometedores desses tipos de condutas.

E a ONU com o lançamento da ODS que busca o desenvolvimento sustentável e se preocupando com as questões de redução da corrupção e do suborno, buscou de forma direta influenciar os países signatários para a eliminação da corrupção e do suborno em sua gestão para influenciar no desenvolvimento sustentável de uma nação.

Com isso, uma das formas de reduzir o suborno e a corrupção nas instituições é implantar de forma contínua o *accountability*, pois somente com uma prestação de conta duradoura e constante se consegue identificar agentes e processos fragilizados que tendem a estar propícios a estes atos. Utiliza-se nesse estudo o conceito trazido por Pinho e Sacramento (2008), que assim conceituam *accountability*:

Claro está, portanto, que de acordo com as fontes consultadas, não existe um termo único em português para expressar o termo *accountability*, havendo que trabalhar com uma forma composta. Buscando uma síntese, *accountability* encerra a responsabilidade, a obrigação e a responsabilização de quem ocupa um cargo em prestar contas segundo os parâmetros da lei, estando envolvida a possibilidade de ônus, o que seria a pena para o não cumprimento desta diretiva (PINHO; SACRAMENTO, 2008, p. 1348).

Entretanto o instituto do *accountability* deve ser utilizado não só pela administração pública na fiscalização de seus próprios órgãos, a participação da sociedade é fundamental neste processo de democratização e participação popular na administração pública, não podendo o cidadão se isentar de participar do processo de redução do suborno e corrupção na gestão estatal, pelo contrário, a participação efetiva da sociedade no combate a corrupção e ao suborno é essencial para o alcance da identificação e exclusão de agentes corruptos e corruptores do seio da administração pública. Uma vez que a administração pública brasileira é composta no alto escalão por agentes políticos, nomeados por interesses e favores político-partidários, a participação do cidadão de forma direta e indireta é de extrema importância para a que sejam tomadas as decisões éticas e morais na identificação e exclusão desses agentes. Leia-se:

Por fim, cabe ressaltar que a par da discussão que é travada nos meios acadêmicos sobre a pertinência das classificações da *accountability*

apresentadas pelos vários autores, e muito bem realçada por Ricardo Ceneviva (2006), considerar-se-á, para efeitos deste artigo, como *accountability social* aquela exercida diretamente pela sociedade (cidadãos e entidades da sociedade civil, inclusive imprensa) sobre os agentes públicos eleitos, nomeados e permanentes; e como *accountability institucional* aquela exercida pelo aparato do estado (poderes e órgãos) sobre os seus próprios órgãos e agentes. Tal utilização, no entanto, serve apenas para argumentação e diferenciação do que se quer expressar, sem nenhuma pretensão e discutir ou validar a classificação em si. Assim, a *accountability* será institucional quando o processo de avaliação e responsabilização se der no âmbito do próprio estado; será social quando praticado fora dos limites estatais (ROCHA, 2011, p. 87).

Assim, a participação da sociedade no alcance dos ODS propostos pela ONU é requisito para o alcance de sua plenitude, e somente com uma sociedade participativa que a ONU conseguirá até 2030 cumprir todos os ODS, principalmente reduzir a corrupção e o suborno nas instituições estatais. Com instituições transparentes, pautadas na ética e na boa governança, com um *accountability* constante e duradouro, e com uma gestão democrática.

Com isso, na mesma base das dimensões da sustentabilidade explicitada por Freitas (2012), a busca pela redução da corrupção e do suborno como um ODS é inteiramente defendida, já que a dimensão social, a dimensão ética e a dimensão jurídico política, ela explicitada no item anterior, corrobora ainda mais os ODS lançados pela ONU, com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais e a pobreza e prezar pelo desenvolvimento mundial por meio da sustentabilidade.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade mundial encontra-se em constante mutação, avançando de meras pessoas incomodadas com a corrupção, para cidadãos que querem se envolver para colocar fim a este mal que assola toda gestão pública e as instituições no mundo. Neste mesmo rumo, tem-se modificado o entendimento sobre o desenvolvimento sustentável nas últimas décadas. O antigo conceito de desenvolvimento sustentável sob o viés econômico, social e ambiental, evoluiu para dimensões que abordam outras parcelas da sociedade, com inclusão das dimensões ética, jurídico política, espacial e, principalmente, um entrelaçamento entre tais enfoques, visando a multidisciplinariedade do conceito desenvolvimento sustentável.

Nesta ótica, a ONU tem sua participação cada vez mais ativa na implementação do desenvolvimento sustentável. Com a edição dos ODS, lançados em 2015, passou a se envolver com outros problemas mundiais.

Com a visão multidisciplinar do desenvolvimento sustentável, a busca por formas que reduzam substancialmente o suborno e a corrupção nas instituições gera um impacto muito positivo na confiabilidade da ONU em dilemas atuais que assolam a humanidade. Destarte, a partir da dimensão jurídico política, o objetivo de reduzir a corrupção e o suborno deve ganhar um incentivo incondicional, pois uma eventual ausência de colaboração dos órgãos do governo e da sociedade obstará a efetivação das metas propostas nos ODS.

Se não houver uma cooperação jurídico política efetiva, os ODS serão como muitos tratados internacionais que não trazem efetividade para a sociedade local, já que a corrupção nos últimos anos tem aumentado e alcançado patamares e setores, antes acima de qualquer suspeita.

Deve haver uma cooperação na implantação de novos modos para a redução da corrupção e do suborno dentro das instituições estatais, com a efetivação de diversas formas de *accountability*, visando a transparência, a boa governança e a redução de influência política partidária na nomeação de cargos de gestão no alto escalão da máquina administrativa estatal; que, em sua grande maioria, não detém o conhecimento técnico necessário e ainda se sujeitam a pressões políticas.

Desta forma, a dimensão jurídico política da sustentabilidade é um eficiente instrumento de diminuição dos níveis de corrupção na Administração Pública, uma vez que o investimento no desenvolvimento jurídico político trás ao Poder Público, além de credibilidade com a sociedade local, uma transparência no *compliance* dentro da máquina administrativa.

Cabe ressaltar, por fim, que quanto maior a participação social na gestão pública, maior será a valorização e efetividade da dimensão jurídico política. Assim, não resta dúvida de que a criação de instrumentos de participação da comunidade na gestão pública gera uma administração transparente e efetiva, sempre pautada na boa governança.

**REFERÊNCIAS**

ALCÁNTARA, Cynthia Hewitt de. Uses and abuses of the concept of governance. *International Social Science Journal*, Malden, v. 50, n. 32, p. 105-113, mar. 1998. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-2451.00113/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

ALMEIDA, Ana Paula; ENGELMANN, João Gilberto. Direito e sustentabilidade: perspectivas de uma geração livre e possível, *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 11-25, jan./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/issue/view/20/showToc>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BARROSO FILHO, Elesbão de Araujo. *Licitação sustentáveis: a observância do critério de sustentabilidade em conformidade com os parâmetros de competitividade, economicidade e proporcionalidade*. 2012. f. Dissertação (Pós graduação em Direito Administrativo). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília/DF. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/427>>. Acesso em: 21 maio 2017.

BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 49, n. 4, p. 05-45, out./dez. 1998. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/399>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BREL, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. *Revista Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 19, p. 52-70, jan./fev. 1996. Disponível em: <[www.bibliotecadigital.fgv](http://www.bibliotecadigital.fgv)>.

br/ojs/index.php/rap/article/download/8128/6943>. Acesso em: 20 maio 2017.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 5, n. 29, p. 170-191, abr./jun. 2001.

FREITAS, Juares. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Heloíse Siqueira; GARCIA, Denise Schmitt. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e as novas perspectivas do desenvolvimento sustentável pela Organização das Nações Unidas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 7, n. 35, p. 170-192, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/69455/40499>>. Acesso em: 21 maio 2017.

GOMES, Magno Federici; PIGHINI, Bráulio Chagas. Políticas públicas, corrupção, governança corporativa, investimento estrangeiro direto e sustentabilidade. *Direito Público (RDU)*, Porto Alegre, ano 13, nº 75, p. 09-47, maio/jun. 2017. Disponível em: <[https://www.academia.edu/33658716/POL%C3%8DTICAS\\_P%C3%9ABLICAS\\_CORRUP%C3%87%C3%83O\\_GOVERNAN%C3%87A\\_CORPORATIVA\\_INVESTIMENTO\\_ESTRANGEIRO\\_DIRETO\\_E\\_SUSTENTABILIDADE\\_-\\_PUBLIC\\_POLICY\\_CORRUPTION\\_CORPORATE\\_GOVERNANCE\\_FOREIGN\\_DIRECT\\_INVESTMENT\\_AND\\_SUSTAINABILITY](https://www.academia.edu/33658716/POL%C3%8DTICAS_P%C3%9ABLICAS_CORRUP%C3%87%C3%83O_GOVERNAN%C3%87A_CORPORATIVA_INVESTIMENTO_ESTRANGEIRO_DIRETO_E_SUSTENTABILIDADE_-_PUBLIC_POLICY_CORRUPTION_CORPORATE_GOVERNANCE_FOREIGN_DIRECT_INVESTMENT_AND_SUSTAINABILITY)>. Acesso em: 31 jul. 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo; RAFAEL, Vêras de Freitas. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões, interpretações, prospectivas. *Fórum administrativo*, Belo Horizonte, n. 156, p. 75-32, fev. 2014. Disponível em: <[http://www.fsl.adv.br/sites/www.fsl.adv.br/files/a\\_juridicidade\\_da\\_lei\\_anticorruptao\\_-\\_inclusao\\_em\\_20.02.14.pdf](http://www.fsl.adv.br/sites/www.fsl.adv.br/files/a_juridicidade_da_lei_anticorruptao_-_inclusao_em_20.02.14.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2017.

PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability*: já podemos traduzir para o português? *Revista de Administração Pública (RAP)*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, p. 1343-

1368. nov./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n6/06.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability* na Administração Pública: modelos teóricos e abordagens. *Contabilidade, Gestão e Governança*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 75-90, dez. 2011. Disponível em: <[https://www.cgg-amg.unb.br/index.php/contabil/article/view/314/pdf\\_162](https://www.cgg-amg.unb.br/index.php/contabil/article/view/314/pdf_162)>. Acesso em: 02 jun. 2017.

TRANSPARENCY INTERNACIONAL. O índice de percepções de corrupção no Mundo. *Relatórios de 2016*. Disponível em: <[https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016)>. Acesso em: 22 maio 2017.

RECEBIDO EM: 30/12/2016

APROVADO EM: 22/03/2017

# **ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DO STF PARA ALTERAR A POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL SOBRE DROGAS NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

***ANALYSIS OF THE SUPREME COURT'S (STF) LEGITIMACY TO  
ALTERATE THE NATIONAL DRUG CONTROL POLICY DURING A  
CONSTITUTIONALITY CONTROL PROCEDURE***

*Rafael Schwez Kurkowski*

*Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004). Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo (2014). Professor assistente licenciado da Faculdade Pio Décimo. Membro do Ministério Público do Estado de Sergipe. Membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público.*

*João Paulo Forni*

*Mestrando em Direito Público. Pós-graduado em Gestão Estratégica de Organizações Públicas. Possui graduação em Administração pelo Centro Universitário de Brasília (2010). Atualmente é Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Os ciclos da política pública e o ativismo judicial; 1.1 Os ciclos da política pública; 1.2 Ativismo judicial e judicialização; 2 A desconsideração pelo STF da atual política pública nacional sobre drogas; 2.1 A criminalização de condutas relacionadas uso de entorpecentes pela atual política pública nacional sobre drogas; 2.2 O descabimento da atuação concretista do STF na política pública sobre drogas; 3 A atuação legítima do STF na política pública sobre drogas: participação na formação da agenda e na elaboração; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A possível declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº. 11.343/06 (Lei de Drogas) decorrente do eventual provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº. 635.659 impactará a atual política pública nacional sobre drogas. O presente artigo, mediante exame da Lei de Drogas e da Constituição e mediante revisão bibliográfica, faz uma análise dessa atuação do STF frente à possível declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal que validamente optou pela criminalização do usuário de drogas, embora tenha interditado a ele pena privativa de liberdade. Analisa-se a legitimidade do STF nesse caso concreto, com reflexão em relação à observância ou não, por parte da Corte, dos ciclos inerentes a qualquer política pública. Essa reflexão estende-se ao cabimento de atuação concretista, por parte do STF, vinculada ao ativismo judicial, dada a ausência de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, no caso. Por fim, o artigo apresenta a atuação legitimamente esperada da Corte na política de drogas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Política pública. Drogas. STF. Atuação Legítima.

**ABSTRACT:** The possible declaration of unconstitutionality of the Article 28 of Law no. 11,343/06 (Drug Law), which arose from the Supreme Court (STF) admissibility of Exceptional Review Procedure no. 635,659, may affect the current national drug control public policy. Through close scrutiny of the Drug Law, the Brazilian Constitution, and legal literature, this study will analyze the action STF has taken in view of the possible declaration of unconstitutionality of the provision, which validly determined the criminalization of the drug user, even though it has forbidden prison sentences. The legitimacy of the Brazilian Supreme Court in the present case will be thoroughly examined through pondering whether their decision has lacked the inherent cycles of public policy or

not. Furthermore, STF action based on the Concretism Theory linked to judicial activism will also be a center of attention since the absence of omission of the Legislative and Executive Branches is evident. Lastly, this research paper will present the legitimately expected action of the Supreme Court on drug policy.

**KEYWORDS:** Public Policy. Drugs. STF. Legitimate Action.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, verifica-se uma tendência mundial da liberação do uso de drogas, principalmente a maconha (*cannabis sativa*). Países como Espanha (art. 368 do Código Penal Espanhol)<sup>1</sup>, Portugal (Lei n.º. 30/2000)<sup>2</sup>, Uruguai (Ley n.º. 19172)<sup>3</sup>, Estados Unidos (Estados de Colorado, Washington, Oregon e Alaska)<sup>4</sup>, entre outros, aprovaram leis que não criminalizam o consumo de certas drogas. O Brasil pode ingressar nesse grupo, não por lei, mas por decisão judicial. Está sob julgamento, no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário n.º. 635.659, que postula a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º. 11343/06, que prevê como crime certas condutas relacionadas ao uso de substâncias entorpecentes. Tal Recurso já tem três votos (Ministros Gilmar Mendes, Luís Barroso e Edson Fachin) no sentido da liberação, com efeitos *erga omnes*, do uso de drogas.

A permissão do Estado para a população usar drogas constitui verdadeira política pública, conceito esse que será detalhado adiante. Ocorre que, enquanto os países já nominados aprovaram leis para alterar as suas políticas sobre drogas a fim de permitir a utilização, o Brasil, melhor dizendo, o Supremo Tribunal Federal, pretende alterar unilateralmente, mediante decisão judicial, a atual política nacional sobre drogas, a qual válida e democraticamente optou pela criminalização de condutas relacionadas ao uso dessas substâncias.

- 1 O art. 368 do Código Penal Espanhol criminaliza os atos que “promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas”, mas não o uso em si. (ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <[https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria&modo=1](https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1)>. Acesso em: 21 nov. 2016.)
- 2 PORTUGAL. Lei n.º. 30/2000, de 29 de novembro. Disponível em: <[https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp5369681.htm](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=186&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 21 nov. 2016.</li><li>3 URUGUAI. Lei n.º. 19172. Disponível em: <<a href=)>. Acesso em: 21 nov. 2016.
- 4 Nações Unidas, Transnational Institute. *Cannabis policy reform in Europe*. Disponível em: <<http://www.undrugcontrol.info/images/stories/documents/dlr28.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

O presente artigo, por intermédio de análise legislativa e bibliográfica e seguindo o método descritivo-analítico, sustentará a ilegitimidade<sup>5</sup> da Suprema Corte para alterar essa política pública. Na sua primeira parte, ele focará os ciclos inerentes à política pública e fará uma reflexão sobre a atuação do STF nas suas diversas fases, além apresentar argumentos favoráveis e contrários ao ativismo judicial. Na segunda parte, ele demonstrará que o Supremo Tribunal Federal, no aludido Recurso, caso declare a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº. 11343/06, permitindo, então, o uso de drogas, contrariará a atual política nacional sobre drogas. Na terceira, apresentará a atuação legitimamente esperada do STF na política pública sobre drogas.

Tendo em vista a diversidade temática, a limitação espacial e o próprio escopo do presente artigo, este abordará o uso denominado “recreativo” de droga, ou seja, voluntário. Não fará referência, portanto, ao uso terapêutico, aquele no qual a droga é utilizada como prescrição médica para o tratamento de alguma enfermidade. Evidentemente, o uso terapêutico de drogas ostenta razões sensivelmente diversas das do uso recreativo. Assim, não se abordará, por exemplo, a questão envolvendo a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº. 66 de 18 de março de 2016<sup>6</sup>, por que a ANVISA, em cumprimento à decisão liminar exarada na Ação Civil Pública distribuída sob o nº. 009067016.2014.4.01.3400, perante a 16ª Vara Federal do Distrito Federal, permitiu a prescrição médica e a importação, por pessoa física, de produtos que contenham as substâncias Canabidiol e Tetrahidrocannabinol (THC) em sua formulação, exclusivamente para uso próprio e para tratamento de saúde.

Impende registrar outra delimitação do presente artigo. Há três correntes sobre as drogas e o seu uso recreativo. Existe a corrente liberal, segundo a qual o uso de qualquer tipo de droga é livre. Tal pensamento não foi adotado por nenhum país, pois, mesmo os países que admitem o uso de droga, o fazem com restrições quanto ao tipo da substância e/ou a quantidade, conforme levantamento apresentando novo voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº. 635659<sup>7</sup>.

- 
- 5 O vocábulo “legitimidade” é empregado, neste trabalho, no seu sentido genérico, ou seja, o sentido equivalente à racionalidade, conforme definição de Bobbio. (BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C., Varriale et al. 13. ed. v. 2. Brasília: UnB, 2010. p. 675.)
  - 6 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº. 66 de 18 de março de 2016*. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=28&data=21/03/2016>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
  - 7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº. 635659. Voto do Ministro Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2016.

Há também a corrente que sustenta o uso assistido da droga. Encampada pelo Ministério da Justiça, a corrente do uso assistido é concebida, enquanto *técnica de tratamento médico*, para, mediante a redução progressiva do uso da droga, afastar o vício. Para redução de danos, “ela não parte do princípio do que deve haver imediata e obrigatória extinção do uso, seja no âmbito da sociedade ou no caso de cada indivíduo, mas que formula práticas que diminuem os danos para os usuários de drogas”<sup>8</sup>.

Já a corrente restritiva prega, do *ponto de vista criminal*, a proibição total do uso recreativo de drogas, independentemente da quantidade ou espécie. Restará demonstrado que a atual legislação brasileira esposou essa tese, já que, mediante a criminalização de condutas relacionadas ao uso de drogas, proibiu o consumo destas.

É relevante também esclarecer que a Lei n.º. 11343/06 não criminalizou o uso em si da droga, mas as condutas antecedentes e relacionadas à sua utilização. Por tal razão, quando o usuário é abordado fumando um cigarro de maconha, por exemplo, ele não é conduzido à autoridade policial porque estava *consumindo* a droga, mas porque a *trazia consigo*. A essa conclusão simples se chega com base na leitura dos verbos nucleares previstos no referido dispositivo legal: *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar* ou *trazer consigo*. Qualquer outra conduta que não uma destas cinco não caracteriza o crime de uso de drogas. Thums e Pacheco são enfáticos nesse ponto: “Não configura conduta típica o uso do entorpecente”<sup>9</sup>.

O presente artigo, portanto, parte do pressuposto de que o atual sistema legislativo sobre drogas seguiu a corrente restritiva.

## 1 OS CICLOS DA POLÍTICA PÚBLICA E O ATIVISMO JUDICIAL

A fim de estudar a atuação do Supremo Tribunal Federal, na questão nacional sobre as drogas, é necessário abordar conceitualmente os ciclos da política pública. Em um segundo momento, é preciso verificar em que consiste o ativismo judicial.

---

8 CRUZ, Marcelo Santos. Estratégias de redução de danos para pessoas com problemas com drogas na interface dos campos de atuação da justiça e da saúde. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015. p. 337.

9 THUMS, Gilberto. PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 39.

## 1.1 OS CICLOS DA POLÍTICA PÚBLICA

A expressão “políticas públicas” não possui uma definição única ou melhor. Uma das mais conhecidas é a de Lowi *apud* Rezende: “é uma regra formulada por alguma autoridade governamental que expressa uma intenção de influenciar, alterar, regular, o comportamento individual ou coletivo através do uso de sanções positivas ou negativas”.<sup>10</sup> Neste trabalho, considera-se a definição de Maria Dalari Bucci como a mais completa:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados.<sup>11</sup>

Nas duas definições apresentadas, é possível observar a necessidade da presença do Estado como elemento essencial. Apesar da controvérsia na literatura, considera-se aqui que não há política pública sem a presença estatal, ainda que apenas orientadora.

Uma distinção importante é a que fazem Dias e Matos quando conceituam *politics* como um conjunto de interações ou como a busca de um consenso e luta pelo poder. É o processo de negociações, conflitos e imposições de objetivos. Já *policy* seria a ação governamental, ou a política pública em si. Uma atuação da autoridade legitimada que realoca recursos escassos em prol da sociedade. Por fim, *polity* seriam as instituições políticas, a estrutura político-administrativa do sistema.<sup>12</sup>

Em relação ao ciclo das políticas públicas, Celina Souza divide-o em cinco estágios: definição da agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções e avaliação dos resultados. Segundo a autora,

10 REZENDE, Flávio. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 13.

11 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39

12 DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

a tipologia que vê a política pública como um ciclo deliberativo, formado por fases, sendo um processo dinâmico e de aprendizado, dá ênfase à fase da definição da agenda (*agenda-setting*). Nesse estágio, observa-se a razão pela qual algumas questões entram na agenda política enquanto outras são ignoradas. Sobre o modo como os governos definem suas agendas, há três possíveis respostas. A primeira foca os problemas que entrariam na agenda quando há uma consciência de que se deve fazer algo sobre eles, quando se tornam extremamente visíveis ou graves.

A segunda resposta aborda a política propriamente dita. Foca em como se daria a construção de consciência coletiva, sendo essa construção uma interação entre os atores envolvidos no processo político. Isso ocorre “via processo eleitoral, via mudanças nos partidos que governam ou via mudanças nas ideologias, aliado à força ou à fraqueza dos grupos de interesse”<sup>13</sup>. Para a autora, quando se parte do problema, a persuasão é a forma de construção do consenso, ao passo que, quando o ponto de partida da política pública é a política, o consenso é fruto mais de barganha do que da persuasão. A terceira resposta foca os participantes, sendo estes classificados em visíveis e invisíveis. Os visíveis seriam políticos, mídia, partidos, grupos de pressão, e os invisíveis seriam acadêmicos e burocratas.<sup>14</sup>

Enrique Saravia divide as fases do ciclo da política pública de maneira um pouco diferente, mas igualmente competente e até mais detalhada. Para Saravia, a primeira fase é a da inclusão do pleito ou necessidade social na *agenda* do poder público, em sua lista de prioridades. Nela, ocorre o “estudo e a explicitação do conjunto de processos que conduzem os fatos a adquirir status de ‘problema político’, transformando-o em objeto de debates e controvérsias políticas na mídia”<sup>15</sup>. Essa inclusão na agenda justifica uma intervenção pública legítima. A segunda fase é a da *elaboração*, é chamada por outros autores de identificação do problema. Nela, delimita-se um problema atual ou potencial, determinam-se possíveis alternativas de solução e realiza-se uma avaliação dos seus custos e efeitos, além do estabelecimento de prioridades. A próxima fase é a *formulação*, que é a seleção da alternativa mais adequada e conveniente, com uma declaração

13 SOUZA Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETICHE, Marta e MARQUES Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. p. 74.

14 SOUZA Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETICHE, Marta; MARQUES Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. p. 74.

15 SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria de política pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, E. (Orgs.). *Políticas Públicas*. Brasília: ENAP, 2007. p. 32.

explícita da decisão tomada, contendo a definição dos objetivos, do marco jurídico, administrativo e financeiro. A seguir, a fase da *implementação* ou da preparação para a execução. Essa fase é constituída pelo planejamento e organização dos recursos a serem utilizados, humanos, financeiros, materiais e tecnológicos, além do aparelho administrativo necessário. Aqui, elaboram-se todos os planos, programas e projetos que permitirão executar a política pública. A quinta fase é a da *execução*. Trata-se do conjunto de ações destinado a atingir os objetivos da política pública, sua realização, colocação em prática efetiva. “Essa etapa inclui o estudo dos obstáculos, que normalmente se opõem à transformação de enunciados em resultados, e especialmente, a análise da burocracia”<sup>16</sup>. A sexta fase é a do *acompanhamento*, conceituado como um processo sistemático de supervisão de uma atividade, objetivando a retroalimentação com informações para eventuais correções, na linha dos objetivos pretendidos. A última fase, *avaliação*, consiste “na mensuração e análise, a posteriori, dos efeitos produzidos na sociedade pelas políticas públicas, especialmente no que diz respeito às realizações obtidas e às consequências previstas e não previstas”<sup>17</sup>.

Sublinha-se que as definições ora apresentadas, essenciais no tema política pública, são necessárias para verificar se a decisão do STF de descriminalização das condutas associadas ao uso de drogas, que impactará sobremodo a política nacional sobre drogas, passa por esses ciclos.

## 1.2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização, levando em consideração o contexto nacional, é uma consequência do modelo constitucional por nós adotado. O modelo de jurisdição una, com controle de constitucionalidade difuso e concentrado; a constituição abrangente, analítica, com a positivação de diversos direitos individuais em seu texto; e fortalecimento e expansão do Poder Judiciário garantem sua atuação em temas relevantes diuturnamente. “Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria”<sup>18</sup>. Ou seja, não depende de uma atitude do julgador, diferentemente do ativismo judicial.

16 SARAVIA, op. cit., p. 32.

17 SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria de política pública. In: SARAVIA, Enrique.; FERRAREZI, Elisabete. (Orgs.). *Políticas Públicas*. Brasília: ENAP, 2007. p. 32.

18 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009. p. 22.

O ativismo judicial tem sua origem na jurisprudência norte-americana e, nas palavras de Luís Roberto Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>19</sup>

O que se depreende do conceito é que tanto o ativismo judicial quanto a judicialização ocorrem quando questões de larga repercussão política ou social são decididas pelo Poder Judiciário, e não pelos poderes Legislativo e Executivo, que são as instâncias políticas tradicionais. “A judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.<sup>20</sup>

Normalmente, o fenômeno do ativismo judicial ganha corpo quando o Poder Legislativo se retrai por força de um descolamento entre sociedade civil e seus representantes, impedindo que demandas sociais sejam efetivamente atendidas. A judicialização é de especial importância quando trata do exercício de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, pois não pode o texto constitucional ser meramente ilustrativo, uma simples “folha de papel”<sup>21</sup>. Porém, como afirma Ciarini “o esforço do Poder Judiciário em afirmar direitos subjetivos constitucionais que assegurem o bem-estar dos cidadãos, como decorrência de sua autonomia privada, não deve importar no sacrifício da autonomia pública dos sujeitos constitucionais”.<sup>22</sup> Existe certo limite para uma atuação

19 BARROSO, op. cit., p. 22.

20 Ibidem, p. 22.

21 Lassale, nesse ponto, aduz: “De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder”. (LASSALE, Ferdinand. O que é uma constituição? Tradução de: Jeremy Lugros. São Paulo: Nilobook, 2013. p. 59)

22 CIARLINI, Alvaro. Direito à saúde e respeito à Constituição. In: SANTOS, Nelson; AMARANTE, Paulo (Orgs.). *Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde*. Rio de Janeiro: Cebes, 2010. p. 93.

razoável do Poder Judiciário. Um exemplo dessa linha tênue é colocado por Barroso:

Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.<sup>23</sup>

Apresentam-se contra uma atuação mais proeminente do Poder Judiciário três argumentos principais: o risco para a legitimidade da democracia, o risco de politização da Justiça e os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

O primeiro argumento baseia-se na atuação contramajoritária dos juízes. Uma vez que os membros do Poder Judiciário não são eleitos, como no caso dos poderes Executivo (sistema majoritário) e Legislativo (sistemas proporcional e majoritário), questiona-se a legitimidade de sua intervenção em poderes com o batismo da vontade popular. A invalidação de atos dos demais poderes, cujos membros foram escolhidos pelo povo, seria uma atuação contra a vontade da maioria, portanto, contramajoritária.<sup>24</sup> Para Dahl, a equivalência entre uma “maioria nacional” e uma “maioria legislativa”, em cada diferente matéria, é algo questionável. Ou seja, dizer que a eleição de um membro do Poder Legislativo, por exemplo, daria a ele legitimidade em todas as propostas ou votações legislativas, no sentido de uma correspondência entre sua vontade e a vontade de seu eleitor, é algo duvidoso. Ainda que isso fosse verdade, uma justificativa simples para uma interferência maior do Judiciário nas políticas públicas seria a proteção das minorias contra a tirania das majorias, especialmente quando direitos fundamentais constitucionais estiverem sendo desrespeitados. Além disso, segundo o autor, a visão dominante na Corte Constitucional nunca (ou quase nunca) fica desalinhada com a visão dos legisladores por muito tempo, portanto seria irrealista pensar que a posição contramajoritária defendida pela corte seria, de fato, contrária à maioria nacional ou à maioria legislativa de forma duradoura. Em suma, a Corte Constitucional atua, na maior parte

---

23 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 25. 2009.

24 *Ibidem*, p. 31.

do tempo, de forma majoritária, nem que seja adiantando uma posição majoritária que ainda será formada sobre determinado tema. Não fosse assim, sua atuação seria anômala em uma democracia.<sup>25</sup> Além desses argumentos, há o fundamento normativo para uma atuação contramajoritária, que é a simples atribuição, pela Constituição Federal, ao Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, de certo poder político, quando “lhe cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito”.<sup>26</sup>

O segundo argumento, intimamente relacionado ao primeiro, coloca a imparcialidade do Poder Judiciário em xeque. Para Dahl, frequentemente casos colocados diante da Corte Constitucional envolvem alternativas socialmente consideradas polêmicas, sobre as quais não há consenso. Em razão desse simples fato, já seria possível classificar a atuação do órgão, nesse caso, como “política”.<sup>27</sup> Já para Barroso:

Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula.<sup>28</sup>

Paralelamente, Direito não pode ser considerado política no sentido de permitir escolhas livres, partidarizadas ou tendenciosas. Apesar de não haver impessoalidade absoluta, essa deve permear a atuação do Poder Judiciário. Caso não fosse assim, como afirmou Carl Schmitt, a judicialização da política se perverteria em politização da justiça. Desse modo, o juiz não

25 O autor refere-se à Corte norte-americana, mas o pensamento pode ser estendido para a realidade brasileira, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, além de órgão jurisdicional típico, ao julgar recursos interpostos contra tribunais inferiores, é tribunal constitucional, ao exercer o controle de constitucionalidade. (DAHL, Robert. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2016.)

26 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009, p. 25.

27 DAHL, Robert. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

28 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009, p. 27.

deve agir em nome da sua vontade, mas sim da Constituição e das leis; deve respeitar a presunção de validade das leis; e deve lembrar que seu poder também emana do povo, embora não tenha sido diretamente eleito.<sup>29</sup>

O terceiro argumento questiona a capacidade do Poder Judiciário para intervir em determinadas matérias, em termos de habilidade técnica e de conhecimento. Conforme se demonstrará abaixo, é justamente a incapacidade técnica e cognitiva do STF que o impede de alterar a política nacional sobre drogas.

## **2 A DESCONSIDERAÇÃO PELO STF DA ATUAL POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL SOBRE DROGAS**

Caso prevaleça a tese da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, o STF desconsiderará a atual política brasileira sobre drogas, a qual, validamente, optou pela criminalização de condutas relacionadas ao uso de drogas.

O art. 28 da Lei de Drogas não deve ser visto isoladamente, como se não estivesse inserido num contexto maior, que lhe dá sentido e suporte. De fato, o dispositivo legal em questão insere-se na política pública sobre drogas, sendo essencial para esta. A sua alteração ou extirpação do ordenamento jurídico afetará, diretamente, a atual política nacional sobre drogas – e o STF deve considerar os impactos da sua decisão. Isso ocorre tendo em vista a unidade do ordenamento jurídico. Afinal, “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”<sup>30</sup>. Nessa mesma linha, Eros Grau ensina que: “A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”.<sup>31</sup>

Após a apresentação do argumento atinente à desconsideração da política nacional sobre drogas, evidenciar-se-á o descabimento, nesse mesmo caso das drogas, da atuação concretista, que permite ao Supremo Tribunal Federal, mediante decisão, suprir o vácuo legislativo decorrente da inércia do Poder Legislativo.

---

29 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009. p. 28.

30 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 10. ed. 1999. p. 19

31 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. Malheiros, 2006. p. 44.

## 2.1 A CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS RELACIONADAS AO USO DE- ENTORPECENTES PELA ATUAL POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS

A política pública brasileira sobre drogas<sup>32</sup> é comandada pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas – SENAD e pelo Conselho Nacional de Políticas Sobre Drogas – CONAD<sup>33</sup>, os quais foram criados pela Medida Provisória nº 1669, de 1998<sup>34</sup>, ao alterar o art. 6º da Lei nº. 9649/98. Inicialmente, esses dois órgãos estavam inseridos na estrutura da Casa Militar da Presidência da República.

Em 2002, por intermédio do Decreto nº. 4345/2002 da Presidência da República<sup>35</sup>, foi criada a Política Nacional Antidrogas – PNAD<sup>36</sup>. No Anexo desse Decreto, observada a temática do presente artigo, houve a constatação expressa de que: a) o uso indevido de drogas é uma ameaça à humanidade; b) há correlação entre o uso indevido de drogas e o tráfico de drogas e os crimes conexos a este, o que resulta em uma ameaça à soberania do país, afetando a sua estrutura social e econômica; c) há diferenças entre o usuário e o traficante de drogas, o que implica um tratamento diferenciado quanto a eles; d) a prevenção do uso indevido de drogas deve ser priorizada, por constituir medida de menor custo e maior eficácia; e) os crimes relacionados às drogas<sup>37</sup> devem ser coibidos no sentido de aumentar a segurança do cidadão; f) é necessário garantir rigor metodológico às atividades de redução da demanda por meio da promoção de levantamentos e pesquisas sistemáticas.

---

32 Há um relato histórico acerca da política brasileira sobre drogas no sítio eletrônico do governo federal (BRASIL. *Políticas e Legislações*. Disponível em: <<http://obid.senad.gov.br/obid/pessoas-sujeitos-drogas-e-sociedade/politicas-e-legislacoes>>. Acesso em: 02 nov. 2016.).

33 Originalmente, a SENAD denominava-se Secretaria Nacional Antidrogas, e o CONAD, Conselho Nacional Antidrogas. A Lei nº. 11754/08, resultado de um realinhamento da política sobre drogas, substituiu o prefixo “anti” pela preposição “sobre” do SENAD e do CONAD.

34 BRASIL. *Medida Provisória nº. 1669/1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1669.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1669.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

35 BRASIL. *Decreto nº. 4345/2002, da Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4345.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4345.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

36 Em 2004, por intermédio da Resolução nº3/GSIPR/CONAD, a PNAD passou a chamar-se “Política Nacional Sobre Drogas”.

37 O Decreto nº. 4345/2002, da Presidência da República, refere-se a “crimes relacionados a drogas” como gênero, do qual, por exemplo, o tráfico de drogas é espécie. Percebe-se então que a PNAD considera as condutas relacionadas ao uso drogas, e não apenas ao tráfico, como crimes, embora reclame uma punição diferenciada ao usuário.

Em 2006, sobreveio a Lei nº. 11.343/2006 – Lei de Drogas<sup>38</sup>, diploma normativo que, revogando as leis anteriores que disciplinavam, de forma mais tímida, o tema das drogas (Leis nºs. 6368/76 e 10409/02), promoveu sensíveis alterações. Resumidamente, a nova lei passou a disciplinar a política sobre as drogas, tendo criado o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD. No âmbito criminal, ela diferenciou o usuário do traficante de drogas: a Lei nº. 11343/06, no seu art. 28, manteve as condutas relacionadas ao uso de drogas como criminosas, a despeito de haver excluído a possibilidade da aplicação da pena privativa de liberdade em relação à sua punição; ela previu apenas penas restritivas de direito ao usuário.

Frisa-se, ainda, que, a partir de 2011, a SENAD passou a integrar a estrutura do Ministério da Justiça, por força do Decreto nº. 7426/2011<sup>39</sup>. De toda sorte, as competências da SENAD foram mantidas.

Apresentado esse quadro evolutivo, percebe-se nitidamente a opção realizada pelo legislador ordinário, qual seja, a de manter o caráter criminoso das condutas relacionadas ao uso de drogas. Nesse sentido, no seu art. 26<sup>40</sup>, a nova Lei expressamente manteve o caráter criminoso das condutas vinculadas ao usuário de drogas.

Aliás, a exposição de motivos da Lei de Drogas é taxativa quanto ao o caráter criminoso do usuário: “Com efeito, ao tratar dos crimes e penas, o projeto prestigia soluções que, desde há muito defendida pelos especialistas, poderiam talvez, se antes estivessem sido adotadas, reduzir o verdadeiro caos em que nos encontramos”.<sup>41</sup> Passou-se da “cultura da punição’ e do internamento da Lei nº 6.368/1976 (que ressalta os modelos de justiça retributiva) para a cultura da restauração e da educação afetiva da Lei nº 11.343/2006 (que ressalta os modelos de justiça restaurativa)”<sup>42</sup>.

38 BRASIL. *Lei Federal nº. 11343/2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

39 BRASIL. *Decreto nº. 7426/2011, da Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7426.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7426.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

40 Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

41 BRASIL. *Exposição de motivos da Lei nº. 11343/06*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaoodemotivos-150201-pl.html>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

42 BACELLAR, Roberto Portugal. Mudança de cultura jurídica sobre drogas. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015. p. 37.

Surgiu discussão, à época da edição da Lei de Drogas, sobre a possível descriminalização dessas condutas, tendo em vista que o legislador não teria previsto a pena de prisão. No recurso extraordinário n.º 430105<sup>43</sup>, o próprio STF afastou essa tese, *reconhecendo expressamente a natureza jurídica de crime do referido art. 28*, esclarecendo que a privação da liberdade “constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora”.

A despeito de o STF ter afirmado a ocorrência de “despenalização”, o adequado é sustentar “descarcerização”, já que as condutas do art. 28 da Lei de Drogas mantiveram o seu caráter penal, apenas não admitindo a carcerização do usuário. Em vez, optaram-se por medidas penais e extrapenais não privativas da liberdade e voltadas para o tratamento do usuário. Nessa mesma linha:

Diante do exposto, entendemos que a nova lei não descriminalizou, tampouco despenalizou a conduta de posse ilegal de drogas para uso próprio. O que se tem na lei atual é uma melhor compreensão sobre a problemática que envolve o usuário de drogas, conhecimento por meio do qual se revelou que penas privativas de liberdade não são social ou individualmente úteis para o usuário ou para a sociedade.<sup>44</sup>

“O que houve, na verdade, foi uma despenalização, melhor dizendo, uma medida tão-somente descarcerizadora, haja vista que o novo tipo penal não prevê qualquer pena que importe em privação de liberdade ao usuário.”<sup>45</sup>

A razão pela qual o legislador brasileiro, validamente, estabeleceu a pena criminal como resposta ao usuário de drogas reside na sua função preventiva geral, pela qual a pena “tende a refletir junto à sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um dos seus pares, reflitam antes de praticar

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n.º 430105 QO*, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=4435666>>. Acesso em: 14 nov. 16.

44 CHIMENTI, Ricardo Cunha. O aprimoramento do judiciário em relação ao uso de drogas. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015. p. 46

45 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 54

qualquer infração penal<sup>46</sup>. Além disso, a proporcionalidade entre as penas reservadas ao usuário e ao traficante foi observada. Pulido ensina que o efeito dissuasório da pena é uma das estratégias mais efetivas para proteger os direitos fundamentais. “Por conseguinte, quanto mais importantes sejam os direitos que devam ser protegidos, mais severa deverá ser a pena<sup>47</sup>. Exatamente por isso o usuário não pode receber pena privativa de liberdade (art. 28 da Lei de Drogas), enquanto, por outro lado, a pena mínima reservada ao traficante é de cinco anos de reclusão (art. 33 da Lei de Drogas).

Logo, a atual política brasileira sobre drogas considera o usuário como criminoso, porém lhe interdita a pena privativa de liberdade; no lugar, prevê penas restritivas de direito que almejam a sua recuperação e o afastamento das drogas (advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.). É exatamente esse o tom restaurativo dela.

As razões da manutenção do trato criminal das condutas associadas ao uso das drogas levam em consideração os efeitos sociais da circulação da droga, e não o dano infligido a si pelo próprio usuário. Tal argumento põe em xeque a fundamentação esposada nos três votos já referidos que supervalorizam a autonomia individual do usuário para considerar inconstitucional o art. 28 da Lei de Drogas.

No atinente aos danos sociais causados pelo uso das drogas, diversamente do sustentado nos votos em questão, há farta doutrina reconhecendo-os. Renato Brasileiro observa que a conduta do usuário coloca em risco a saúde pública, pois representa um risco potencial à difusão de drogas. Também, outros bens jurídicos, indiretamente, são atingidos pelo uso. No campo criminal, é comum que usuários pratiquem crimes patrimoniais (furto e roubo, na sua maioria) para sustentar o vício; ademais, não são incomuns acidentes de trânsito que ocorrem em razão da ingestão pelo motorista de drogas. Brasileiro igualmente reconhece que a aquisição de drogas por parte do usuário estimula a traficância.<sup>48</sup>

---

46 GRECO, op. cit., p. 490.

47 PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 121.

48 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação especial criminal comentada*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 712

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União, ao analisar a política nacional de segurança pública, sustentou o seguinte, quanto à proposta de descriminalização das drogas:

496. Com relação ao impacto da descriminalização, é necessário considerar as consequências sob dois pontos de vista.

497. Sob o ponto de vista teórico, a descriminalização aparenta ser a pior alternativa entre os três regimes. Por um lado, a violência decorrente das disputas nos mercados ilegais tende a permanecer alta, haja vista que a produção e a distribuição continuam sendo caracterizados como crimes. Ou seja, a descriminalização não afetaria a violência do lado da oferta.

498. Por outro lado, a violência associada ao consumo de drogas tende a aumentar. Com a descriminalização, espera-se um crescimento no número de usuários, que iria se refletir no número de crimes cometidos sob efeito intoxicante da droga. Além disso, o número de crimes cometidos com a finalidade de obter recursos para aquisição de mais drogas, isto é, para manutenção do vício, também tenderia a aumentar.<sup>49</sup>

Diante desse panorama, constata-se, por leitura perfunctória do Recurso Extraordinário nº. 635.659, que os votos já apresentados contrariam frontalmente a atual política nacional sobre drogas, a qual foi validamente instituída pelos Poderes competentes para tanto: Legislativo e Executivo. O Ministro Gilmar Mendes, no seu voto<sup>50</sup>, conferindo destaque à proteção devida pelo direito à autonomia do usuário de drogas, o qual disporia de uma “liberdade geral”, desde que ele não atinja terceiros com a sua conduta, declarou, sem qualquer restrição, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Como resultado, a posse de qualquer droga – de *ecstasy*, uma das mais caras, até *crack*, uma das mais baratas e devastadoras – deixa de ser crime.

Já o voto do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>51</sup>, com base em razões pragmáticas (“fracasso da atual política de drogas”, “alto custo

49 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de levantamento nº. TC-025.218/2015-8*. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2561DF3F5015632E97D7A64D9&inline=1>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº. 635659*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 16 set 2016.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº. 635659*. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso

do encarceramento em massa para a sociedade” e “prejuízos à saúde pública”) e jurídicas (“direito à privacidade” do usuário, respeito à “autonomia individual” do usuário e “desproporcionalidade”) declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas apenas para a maconha, limitada até a quantidade de 25g, hipótese em que haverá presunção de o indivíduo ser usuário. Ademais, o voto em questão não trouxe um dado técnico que demonstre o “fracasso” da política sobre drogas.

Por sua vez, o voto do Ministro Edson Fachin<sup>52</sup> foi no sentido da declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, apenas em relação à maconha. Avançando e desbordando intensamente do simples objeto individual do recurso extraordinário em questão, o Ministro declarou a inconstitucionalidade progressiva das condutas relacionadas à produção e à comercialização de maconha; prevalecendo essa tese, serão lícitos tanto o plantio quanto a venda de maconha.

Por esses três votos, constata-se que sequer há uniformidade entre os Ministros da Corte Constitucional sobre uma decisão tão importante e que impactará a política nacional sobre drogas. Não houve consenso em relação aos tipos de droga, à quantidade de droga passível de caracterizar o uso e ao plantio e comercialização. Além disso, sequer estudos técnicos abalizados foram considerados pelos Ministros para afirmar que: a) a *canabis sativa* não causa significativos prejuízos ao homem (posição dos três Ministros); b) a quantidade de 25g, ou qualquer outra, de maconha não causa vício e dependência do usuário; e c) todas as drogas têm o mesmo poder viciante, razão por que todas devem ser liberadas (voto do Ministro Gilmar Mendes). Da mesma forma, não foram realizados estudos necessários para avaliar as consequências da legalização do plantio e da comercialização de maconha (voto do Ministro Edson Fachin).

Com efeito, tais estudos são essenciais para a realização de qualquer política pública. Como se disse anteriormente, não houve consulta aos técnicos responsáveis pela execução das ações relacionadas a essa política pública, nem aos mais diversos pontos de vista e *experts*, em uma clara supressão das fases do diálogo e apreciação, na divisão de Howlett, Ramesh e Perl. Como também já se afirmou, a coordenação do processo de *policy-making*, nesse caso, extrapola a capacidade institucional do STF.

---

em: 16 set. 2016. Também disponível em vídeo: <<https://www.youtube.com/watch?v=zSLhuORvmko>>. Acesso em: 16 set. 2016.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº. 635659*. Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://apanha-migalhas/arquivos/2015/9/art20150910-12.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2016.

Impõe-se, pela sua relevância, a seguinte observação. Qualquer que seja o parâmetro adotado pelo STF em relação à quantidade de droga para fins de caracterização do uso, a inclusão desse elemento quantitativo em lei formal ou em decisão judicial constitui medida contrária à política pública. Coutinho, ao descrever o papel do direito como ferramenta para a política pública, pondera que ele deve conter flexibilidade, revisibilidade e manobra para experimentação e sedimentação de aprendizado<sup>53</sup>. Ocorre que, se o índice quantitativo em questão for cristalizado em lei ou em decisão judicial, a sua revisão é assaz difícil, já que, para a lei, será necessário o concurso da maioria parlamentar e, para a decisão judicial, nada poderá ser feito, a não ser que uma nova causa seja apresentada ao STF, pois este, em razão do princípio da inércia da jurisdição e da própria coisa julgada, não pode, espontaneamente, rever decisão sua. Aliás, justamente por essa dificuldade da revisão do entendimento fixado em lei formal, Cláudio Couto sustenta o “caráter antidemocrático inerente à inclusão de políticas públicas num texto constitucional”<sup>54</sup>.

No mais, além da falta de discussão com a *policy community*<sup>55</sup> pelo STF quando ele altera ou impõe unilateralmente, mediante a cogência da sua decisão, a política sobre drogas, há um erro de argumento nos três votos já apresentados no Recurso Extraordinário nº. 635.659 ao supervalorizar a autonomia e a dignidade da pessoa humana. Os votos reconhecem a autonomia para permitir que o indivíduo realize uma conduta danosa contra si mesmo, o que representa verdadeiro contrassenso social, sob a perspectiva objetiva e comunitária dos direitos fundamentais. Observe-se, a respeito, o seguinte voto vencido na “Sentencia No. C-221/94” do Corte Constitucional Colombiana, que também terminou por autorizar o uso pessoal de drogas, todavia mantendo o caráter criminoso da mercancia da droga:

53 COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 100.

54 COUTO, Claudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 114.

55 Segundo Celina Souza, *policy community* é uma comunidade de especialistas que estão dispostos a investir recursos variados esperando um retorno futuro dado por uma política pública. (SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMANN, Gilberto (org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 76). Soraia Côrtes tem conceito similar de *policy community*: “[o] conceito se refere a um número relativamente estável de membros que compartilham valores e visão sobre os resultados desejáveis da política setorial”. (CORTÊS, Soraia Vargas. Viabilizando a participação em conselhos de política pública municipais: arcabouço institucional, organização do movimento popular e *policy communities*. In: HOCHMANN, Gilberto (org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 135)

Resulta contra la naturaleza de la ley, despenalizar una conducta lesiva per se. Es un derecho de la sociedad, y de los mismos enfermos, el que la ley no permita el consumo de sustancias que, como está plenamente demostrado, inexorable e irreversiblemente atentan contra la especie humana. No hay ningún título jurídico válido que permita la destrucción de la humanidad. Resulta un contrasentido amparar la despenalización del consumo de drogas, así sea limitado a la llamada “dosis personal”, en el argumento de la defensa de la dignidad humana, por cuanto precisamente es esa dignidad la que se ve gravemente lesionada bajo los efectos de la drogadicción.<sup>56</sup>

Por fim, há ainda outro fator que não recomenda a regulamentação da política sobre drogas em decisão judicial. Com efeito, o uso da droga não é uniforme no Brasil, fatores regionais, culturais e geográficos, cuja investigação desborda dos limites deste trabalho, justificam essa diferença. Exemplificativamente, conforme dados de pesquisa efetuada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública<sup>57</sup>, no ano de 2015, enquanto, no Estado de Alagoas, houve 408 casos registrado de uso de droga, em Mato Grosso, houve 3.919 casos, e, no Rio Grande do Sul, 11.116 casos, mais do que o dobro registrado em São Paulo, 5.450 casos. Com pertinência, Galduróz anota que:

Além disso, o uso de drogas é algo dinâmico, em constante variação de um lugar para outro e mesmo em determinado lugar. Por tais razões, são necessários programas permanentes de pesquisas epidemiológicas, para que novas tendências possam ser detectadas e programas de prevenção e intervenção adequadamente desenvolvidos.<sup>58</sup>

Justamente essa variação no uso de drogas, as diferenças regionais e constante estudo não permitem uma fixação de política pública por decisão judicial que valerá para todo o Brasil, ignorando as suas diferenças e dificultando a revisão dos índices da quantidade de droga que seriam aceitáveis.

56 COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia No. C-221/94*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

57 Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016*. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario-2016-18nov\\_retificada.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario-2016-18nov_retificada.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016. p. 36.

58 GALDURÓZ, José Carlos Fernandes. Epidemiologia do uso de substâncias psicotrópicas no Brasil: dados recentes. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015. p. 175.

Uma vez demonstrado que a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11343/06 contraria a política pública brasileira sobre drogas, passa-se a sustentar o descabimento da atuação dita concretista do STF no caso específico das drogas.

## 2.2 O DESCABIMENTO DA ATUAÇÃO CONCRETISTA DO STF NA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DROGAS

No atinente à implementação de direitos, a atuação do STF, conforme Bernardo Fernandes<sup>59</sup> e Alexandre de Moraes<sup>60</sup>, pode assumir um viés não-concretista ou concretista, este com subdivisão na teoria concretista geral e na teoria concretista individual. Essa classificação leva em conta a atuação do STF em mandados de injunção, o qual se destina a suprir a omissão legislativa que inviabiliza o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, nos termos do art. 5.º, LXXI, da CF. Todavia nada impede a sua utilização para os julgamentos da Suprema Corte que, independentemente da classe processual (ADC, ADI, ADPF e REXT, p. ex.), terminem por gerar ou modificar direitos, sobretudo os de caráter coletivo, os quais compreendem “interesses transindividuais, de grupos, classes ou categorias”<sup>61</sup>.

Pela tese não-concretista, o STF, reconhecendo a mora do legislador quanto à elaboração de lei, limita-se a recomendar que o Poder Legislativo supra essa mora. Foi a posição adotada, pelo STF, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 107/DF<sup>62</sup>.

Já pela tese concretista, o STF implementa o exercício do direito obstado pela inexistência de lei até que esta sobrevenha. Pela corrente concretista geral, o Poder Judiciário implementa o direito objeto da ação com caráter *erga omnes*, ou seja, para todos, mediante a regulamentação geral desse direito.

Pela corrente concretista individual, a implementação ocorre com eficácia *interpartes*, ou seja, apenas para o autor da ação. Esta corrente

59 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 530-540.

60 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 161-166.

61 MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio pública e outros interesses*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 55.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de injunção n.º 107/DF*. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

subdivide-se. Pela corrente concretista direta, o Judiciário, ao reconhecer a mora do legislador, implementa, de imediato, o direito. Pela corrente concretista intermediária, o Judiciário, ao reconhecer a mora do legislador, assina um prazo para este a supra; caso a inércia legislativa perdure, então ele implementa o direito.

A força normativa da Constituição<sup>63</sup> e, conseqüentemente, o seu princípio da máxima efetividade<sup>64</sup> justificam a adoção da corrente concretista direta. Aliás, nota-se uma evolução no entendimento do STF nesse sentido: em 1990, o Mandado de Injunção n.º 107/DF (o STF limitou-se a reconhecer a mora do Poder Legislativo quanto à regulamentação da estabilidade dos servidores públicos militares), adotando a corrente não concretista; em 1991, o Mandado de Injunção n.º 232-1/RJ<sup>65</sup> (o STF decidiu que, se no prazo de seis meses não sobreviesse a lei regulamentadora do art. 195, § 7º, da CF<sup>66</sup>, a autora gozaria da isenção nele prevista), adotando a corrente concretista intermediária; em 2007, o Mandado de Injunção n.º 712/PA<sup>67</sup> (reconhecendo a inexistência de lei sobre o direito de greve no serviço público, o STF determinou a aplicação imediata da Lei n.º 7783/89, que regulamenta a greve no setor privado), adotando a corrente concretista direta.

Percebe-se, assim, que o essencial para o cabimento do mandado de injunção consiste, segundo o Ministro Celso de Mello, na “omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa imposta”<sup>68</sup>.

---

63 A força normativa da Constituição relaciona-se à vigência da norma constitucional, “ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”. (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 14.)

64 Fernandes anota que a máxima efetividade “orienta os aplicadores da Constituição no sentido de interpretarem as normas a fim de que seja otimizada sua eficácia sem, contudo, alterar seu conteúdo”. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 187.)

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n.º 232-a/RJ*. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stfjus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

66 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n.º 712/PA*. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stfjus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n.º 708/DF*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto do Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stfjus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

A propósito, o STF, no Recurso Extraordinário nº. 410715-5/SP, interveio judicialmente em política pública, mas com a finalidade de implementar direitos oriundos dela, observada a *omissão* do Poder Executivo. No caso, o STF manteve a determinação para certo município oferecer vagas em estabelecimentos de ensino para crianças de até seis anos de idade. Confira-se o seguinte excerto pertinente da ementa deste julgado, que faz alusão à atitude omissiva do executivo municipal na implementação de direitos:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.<sup>69</sup>

Na mesma linha, é inegável admitir que a decisão do STF que reconheceu a validade da união homoafetiva (ADPF nº. 132/RJ e ADI 4277/DF)<sup>70</sup> afetou todas as políticas públicas brasileiras voltadas à família, com reflexos até na previdência social, por exemplo. O fator determinante apontando pelos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio residiu na *omissão* dos Poderes Executivo e Legislativo em cumprir a igualdade e a dignidade previstas na Constituição.

Dessa forma, sob a óptica da política brasileira sobre drogas, observa-se o descabimento cabal da atuação concretista do STF, visto que a legislação sobre drogas, editada em 2006, é completa. Vale dizer: não há mora do Poder Legislativo quanto à questão das drogas, razão por que o STF não pode intervir na questão. Dito de outra forma, inexistente omissão dos Poderes Legislativo e/ou Executivo em implementar a política nacional sobre drogas, que optou pela criminalização de condutas associadas ao uso de droga.

---

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº. 410715-5/SP*. Min. Rel. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *APF nº. 132/RJ, julgada juntamente com a ADI nº. 4277/DF*, Rel. Min. Ayres Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

Apenas se não existisse lei sobre as drogas, poder-se-ia cogitar de uma atuação positiva do STF; todavia, considerando a existência de legislação integral a respeito (Lei nº. 11343/06), a única avaliação que pode ser realizada é a da sua adequação ou qualidade.

Em suma, a adequação ou a qualidade de uma política pública instrumentalizada por legislação – sublinha-se que o art. 28 da Lei nº. 11343/06 é instrumento de política pública – não são sindicáveis pelo Poder Judiciário. Dallari Bucci, com base no princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF)<sup>71</sup>, esclarece que a tutela judicial da política pública é possível, desde que esta expresse direito. “Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública”.<sup>72</sup> Eis a constatação: existe uma integral política pública sobre drogas, expressa pela Lei nº. 11343/06; a inexistência dessa política pode ser objeto de questionamento pela via da justiça, mas não a sua adequação. Assim, porque o tratamento das condutas relacionadas ao uso de drogas diz respeito à qualidade e à adequação da política pública sobre drogas, tal questão não deve ser objeto de tutela judicial.

Logo, em se tratando da política pública sobre drogas, o STF pode intervir, por exemplo, para assegurar um direito dela decorrente, a exemplo da previsão contida nos arts. 23 e 26, ambos da Lei nº. 11343/06, se verificar omissão do Poder Executivo. Diversamente, ele não deve intervir nela para descriminalizar, ou seja, tornar atípica, as condutas previstas no art. 28 da Lei 11343/06 relacionadas ao uso de droga.

### **3 A ATUAÇÃO LEGÍTIMA DO STF NA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DROGAS: PARTICIPAÇÃO NA FORMAÇÃO DA AGENDA E NA ELABORAÇÃO**

Não obstante a impossibilidade acima demonstrada de o STF alterar ou impor unilateralmente a política de drogas, pergunta-se: o STF tem alguma atuação nas políticas de drogas? Caso positiva a resposta, qual é a atuação legítima dele?

---

71 “Quando o inc. XXXV do art. 5º. da Constituição Federal diz que a lei não pode ‘excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito’, verdadeiramente está abrindo o Judiciário a todo o tipo de discussão”. (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 82.)

72 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

Observa-se que algumas das fases do ciclo exigem uma estrutura robusta, estudos técnicos aprofundados e diálogo entre diferentes atores. Nas palavras de Ciarlini:

No processo de elaboração da decisão, no transcorrer do respectivo procedimento, o juiz deve possibilitar a realização de audiências públicas para colher o posicionamento de parcela significativa dos agentes responsáveis pela execução desses programas, ouvindo também, além da opinião dos técnicos responsáveis por essas ações e serviços públicos de saúde, a manifestação de representantes das respectivas conferências e conselhos que compõem o Sistema Único de Saúde, isto sem olvidar da possibilidade de oitiva de outros integrantes da sociedade civil.<sup>73</sup>

O autor refere-se a questões relacionadas à saúde, mas a ideia pode ser usada em qualquer discussão sobre política pública.

Defendeu-se, acima, que o STF, no caso da política de drogas, não tem legitimidade para interferir diretamente no conjunto dessa política pública, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, uma vez que não consultou a *policy community*, representada pelos diversos atores envolvidos, não realizou estudos de impacto com a devida profundidade e não teria estrutura para avaliar as consequências de sua decisão nas fases do acompanhamento e da avaliação.

A favor do STF, todavia, pesa a opinião pública. Em pesquisa realizada pelo CJUS em parceria com a *Hello Research*, em 2011, quando comparado com os poderes Executivo e Legislativo, ele foi considerado o órgão com maior legitimidade popular para decidir sobre a legalização das drogas, com 19% das menções, contra 18% para o Legislativo e 13% para o Executivo.

Não obstante, quando se consideram as fases do ciclo da política pública, entendemos que o STF, pela mencionada credibilidade institucional que tem, deve estar presente nas discussões e ser um ator relevante no processo, especificamente nas fases iniciais de agenda-*setting* e elaboração. A Corte, que, como consequência da globalização e da Revolução técnico-científica, teve de lidar com uma maior diversificação social e maior velocidade na alteração da dinâmica das relações sociais, acabou assumindo certo protagonismo no fechamento normativo das leis, que se tornaram mais

---

73 CIARLINI, Alvaro. Direito à saúde e respeito à Constituição. In: SANTOS, Nelson; AMARANTE, Paulo (Orgs.). *Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde*. Rio de Janeiro: Cebes, 2010. p. 96.

flexíveis e indeterminadas<sup>74</sup>. Para que as leis não precisem ser modificadas constantemente, o Judiciário utiliza sua maior capacidade de adaptação às mudanças sociais e agilidade (quando se faz uma comparação com o processo legislativo), garantindo, assim, um mínimo de estabilidade ao ordenamento jurídico. “Essa nova característica normativa — que não se configura como passageira ou temporária — ampliou significativamente o espaço da discricionariedade judicial e o protagonismo dos juízes na vida política, social e econômica”.<sup>75</sup> Nesse contexto, o STF ganha um peso relevante na formação da agenda, trazendo assuntos para a pauta nacional, especificamente num plano que Marcos de Castro chama de o plano das ações políticas ou *não jurisdicionais*, definidas pelo exercício informal (ou institucionalmente marginal) do poder<sup>76</sup>.

O STF também pode contribuir na fase de elaboração, na delimitação do problema, trazendo elementos identificados pela Corte como relevantes. Na visão de Howlett, Ramesh e Perl, a fase de formulação (que na divisão de Saravia poderia ser enquadrada no momento da elaboração), quando são consideradas várias opções e algumas são descartadas, pode ser dividida em quatro fases menores: apreciação, diálogo, formulação propriamente dita e consolidação.<sup>77</sup> O STF pode participar dessa formulação (elaboração de Saravia) ajudando na identificação de dados e evidências e fornecendo informações sobre problemas políticos e soluções – fase da apreciação; e pode atuar na fase do diálogo, opinando como ator político relevante, debatendo as opções políticas propostas.

Quanto à terceira fase menor – formulação propriamente dita –, o STF não tem capacidade institucional para realizá-la, quando se sopesam evidências em relação a várias opções e se elabora um quadro de referência

---

74 MAIA, Vinícius Lins. *A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal*: contribuições para a prática do ativismo judicial. Franca: [s.n.], 2014.

75 *Ibidem*, p. 216.

76 A atuação dos tribunais, em sua interação com o sistema político, tem se dado em dois planos: (a) o plano das ações políticas ou não jurisdicionais, definidas pelo exercício informal (ou institucionalmente marginal) do poder; e (b) o das ações jurisdicionais, caracterizadas pelo exercício formal da autoridade judicial. No primeiro caso, encontram-se pronunciamentos de juízes (discursos de posse, declarações à imprensa) distintos dos que decorrem do exercício da autoridade judicial, mas que são frequentemente complementares a ela, do ponto de vista político. Por outro lado, as ações jurisdicionais compõem-se de pronunciamentos oficiais dos juízes, no exercício de sua autoridade judicial! (despachos, sentenças, votos, acórdãos, decisões liminares). (CASTRO, Marcos Faro de. *O supremo tribunal federal e a judicialização da política*. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_34/rbcs34\\_09.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm)>. Acesso em: 09 dez. 2016.)

77 HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas : uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 124.

para que atores públicos e privados negociem em um plano mais específico. Tampouco a quarta fase menor – consolidação – o STF pode realizar, quando se realiza um *feedback* mais ou menos formal sobre a opção ou opções recomendadas, levando em conta discordâncias que surgem após a elaboração da proposta.<sup>78</sup>

A capacidade institucional, mencionada anteriormente, envolve a definição de qual Poder está mais habilitado a decidir sobre determinada matéria<sup>79</sup>. Temas que envolvem aspectos técnicos ou científicos, com grande complexidade, “podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico”.<sup>80</sup> Em situações como a da Política de Drogas, os juízes deverão prestigiar as manifestações dos Poderes Legislativo e Executivo, “cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade”.<sup>81</sup> Em certos casos – omissão legislativa e executiva –, como visto acima, *ações jurisdicionais*, até mesmo com atuação concretista da Corte Constitucional, são bem-vindas e necessárias. Porém, o que não se pode é frustrar a discricionariedade técnica do administrador, que é aquele que detém a competência, a estrutura e a capacidade institucional para decidir sobre a política pública, obedecendo aos seus ciclos, ou frustrar a vontade do legislador. Como diz Barroso:

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema.<sup>82</sup>

Dessa forma, a atuação legítima do STF, na política pública sobre drogas, deve restringir-se ao auxílio na formulação da agenda. Isso decorre

78 HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas* : uma abordagem integral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 125.

79 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 29, 2009.

80 *Ibidem*, p. 29.

81 *Ibidem*, p. 29.

82 *Ibidem*, p. 21.

inclusive do papel da Suprema Corte de vocalizador de demandas<sup>83</sup>, ao permitir que anseios sociais, representados no elevado número de ações judiciais, cheguem ao conhecimento dos atores responsáveis pela agenda.

#### 4 CONCLUSÃO

Com base nas análises realizadas, pode-se afirmar que a Lei nº. 11343/06 é instrumento de política pública sobre drogas, tendo criado o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD. Reconhece-se também que o STF, com amparo no Recurso Extraordinário nº. 635.659, que visa à declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei, o qual criminaliza o uso de drogas, pretende alterar unilateralmente essa política nacional, a qual válida e democraticamente optou pela criminalização de condutas relacionadas ao uso de drogas, adotando a corrente restritiva.

Com três votos já prolatados, dos Ministros Gilmar Mendes, Luís Barroso e Edson Fachin) no sentido da liberação, com efeitos *erga omnes*, do uso de drogas, o julgamento aqui tratado impactará a política nacional sobre drogas de forma importante.

Entre os problemas do caso, pode-se citar a ausência de uniformidade na posição dos ministros, especificamente em relação aos tipos de droga, à quantidade de droga passível de caracterizar o uso e ao plantio e comercialização; a ausência de estudos de impacto; a falta de consulta aos diversos atores envolvidos no processo, como técnicos responsáveis pela implementação da política, *experts*, o próprio Poder Legislativo, em uma clara afronta ao ciclo da política pública, especificamente em relação às fases de diálogo e apreciação, além da precária capacidade institucional para as fases de acompanhamento e avaliação. Nas palavras do próprio Ministro do STF Barroso, com efeito, “o juiz nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões [...] sobre a realidade de um segmento econômico ou a prestação de um serviço público”.<sup>84</sup>

Além desses óbices, há grande variação no uso de drogas por todo o Brasil, com diferenças regionais acentuadas, destacando-se que a fixação

---

83 Para Coutinho, enquanto vocalizador de demandas, o direito deve assegurar a participação de todos os interessados na conformação, na implementação e na avaliação da política pública. (COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101.)

84 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 30, 2009.

de alguns critérios por decisão judicial, em substituição ao executor da política, dificultaria revisões ágeis e necessárias.

Em relação ao ativismo judicial, sustenta-se que a atuação contramajoritária, principalmente a concretista, é bem-vinda, mas não em todos os casos. Uma maior intervenção do Poder Judiciário nos outros poderes é devida para assegurar o cumprimento de direitos fundamentais, especialmente quando obstados pela mora legislativa e/ou pela omissão do Executivo. Não é o caso, contudo, da política nacional sobre as drogas. Não houve mora, e não há exercício de direito prejudicado pela opção do legislador. Há política pública legislada e, de acordo, novamente, com o Barroso, quando há manifestação do legislador, existindo lei válida aprovada pelo Legislativo concretizando norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, “deve o juiz acatá-la e aplicá-la, ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular”.<sup>85</sup>

A atuação legítima do STF, no caso aqui tratado, deve centrar-se nas fases formação da agenda e da elaboração. Nesses momentos, contribuições da Corte seriam bem-vindas, e sua credibilidade junto à opinião pública serviria para dar movimento ao debate.

Por fim, calha registrar que a presente conclusão quanto à atuação do STF na política nacional sobre drogas se estende, com algumas modificações necessárias, a outras políticas públicas, tais como aborto e pesquisas com célula-tronco. Todavia, tais temas são assunto para outro trabalho.

## REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. Mudança de cultura jurídica sobre drogas. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009.

---

85 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 31, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C, Varriale et al. 13. ed. v. 2. Brasília: UnB, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 10. ed. 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº. 635.659*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincide nte=4034145>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de levantamento nº. TC-025.218/2015-8*. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2561DF3F5015632E97D7A64D9&inline=1>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

CASTRO, Marcos Faro de. *O supremo tribunal federal e a judicialização da política*. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_34/rbcs34\\_09.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm)>. Acesso em: 09 dez. 2016.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. O aprimoramento do judiciário em relação ao uso de drogas. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015.

CIARLINI, Alvaro. Direito à saúde e respeito à Constituição. In: SANTOS, Nelson; AMARANTE, Paulo (Orgs.). *Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde*. Rio de Janeiro: Cebes, 2010.

CORTÊS, Soraia Vargas. Viabilizando a participação em conselhos de política pública municipais: arcabouço institucional, organização do movimento popular e policy communities. In: HOCHMANN, Gilberto (org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

COUTO, Claudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Marcelo Santos. Estratégias de redução de danos para pessoas com problemas com drogas na interface dos campos de atuação da justiça e da saúde. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015.

DAHL, Robert. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016*. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario-2016-18nov\\_retificada.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario-2016-18nov_retificada.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

GALDURÓZ, José Carlos Fernandes. Epidemiologia do uso de substâncias psicotrópicas no Brasil: dados recentes. In: ANDRADE, Arthur Guerra de (coord.); et al. *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuário e dependentes de drogas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, SENAD, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. Malheiros, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOCHMANN, Gilberto (org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Tradução de Jeremy Lugros. São Paulo: Nilobook, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação especial criminal comentada*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MAIA, Vinícius Lins. *A legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal: contribuições para a prática do ativismo judicial*. Franca: [s.n.], 2014.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio pública e outros interesses*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria de política pública. In: SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. (Orgs.). *Políticas Públicas*. Brasília: ENAP, 2007.

SOUZA Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES Eduardo (Orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.

REZENDE, Flávio. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: FGV, 2004.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

RECEBIDO EM: 10/08/2017

APROVADO EM: 09/10/2017

# PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL ANTE A LEI 13.146/15

*PERSON WITH INTELLECTUAL DISABILITY BEFORE  
THE LAW 13,146 / 15*

*Suzy Anny Martins Carvalho*

*Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.*

*Graduada em Direito pelo Centro Universitário Christus (2014) e Terapia Ocupacional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (1990). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Christus – Unichristus. Advogada*

*Ana Carla Pinheiro Freitas*

*Pós-Doutorado em Direito pela UNIFOR (2015). Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1999). Professora dos cursos de mestrado e doutorado na UNIFOR*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Pessoa com Deficiência; 2 A Inserção do Conceito de Deficiência Intelectual; 3 A Pessoa com Deficiência Intelectual Após a Lei 13.146/2015; 4 A Dignidade da Pessoa Humana: um olhar sobre a pessoa com deficiência no século XXI; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO :** O tratamento dado à chamada pessoa com deficiência hoje progrediu com a cronologia histórico-social. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e, posteriormente, a Lei 13.146/15 apontam um importante passo no sentido da mudança. O estudo realizado mostra alterações legais, doutrinárias e jurisprudenciais decorrentes do advento da Lei e delinea como a inclusão pode ser vista em uma perspectiva jusfilosófica. Esta aponta a dignidade da pessoa humana como viés apto a compreender a nova forma de inserção jurídica da pessoa com deficiência, de acordo com o paradigma inserido pelo novo estatuto no ordenamento pátrio. Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, utilizou-se do método descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa teórica. Conclui-se que a pessoa com deficiência tem a possibilidade de alcançar um patamar de igualdade relativamente às demais pessoas, por meio da efetiva compreensão e implementação jurídica do Estatuto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pessoa com Deficiência. Dignidade da Pessoa Humana. Inclusão.

**ABSTRACT:** The treatment of the so-called “disabled person” today has progressed with social-historical chronology. The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and subsequently Law 13.146 / 15, point to an important step towards change. The study shows legal, doctrinal, and jurisprudential changes arising from the advent of the Law and outlines how inclusion can be seen from a jusphilosophical perspective. It points out the dignity of the human person as a bias capable of understanding the new form of legal integration of persons with disabilities, according to the paradigm inserted by the new statute in the country’s order. For that, a bibliographical and documentary research was done, using the descriptive-analytical method, developed through theoretical research. It is concluded that the person with a disability has the possibility of achieving equality with other persons, through the effective understanding and legal implementation of the Statute.

**KEYWORDS:** Disabled Person. Dignity of Human Person. Inclusión.

## INTRODUÇÃO

A partir da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, tratado internacional assinado e ratificado com procedimento qualificado disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, adquirindo o *status* de emenda constitucional, e posteriormente da Lei 13.146/15 houve uma significativa alteração no tratamento jurídico dado à hoje chamada pessoa com deficiência. Foi uma longa batalha no intuito de que seus direitos humanos fossem respeitados da forma mais adequada e com a Dignidade atribuída a todos pela nossa Constituição Federal brasileira.

A pessoa com deficiência foi, por muitos anos, tratada como o expurgo da sociedade. Momentos houveram em que foram tidos como não merecedores da própria vida e incapazes de manifestarem suas vontades, e momentos em que sua liberdade e autonomia foram tolhidas por uma sociedade paternalista e, sobretudo, assistencialista.

Com o advento da inserção jurídica do novo paradigma de inclusão, ou seja, por meio da Lei 13.146/15 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD, essa situação de preconceito e marginalização foi modificada. A Lei, conforme disposto em seu artigo 6º<sup>1</sup>, atribui capacidade plena aos indivíduos com deficiência, tirando-os da total ou relativa incapacidade e tornando-os detentores de direitos e valores, capazes de exprimirem por si só sua vontade. Assim, suas vontades e desejos devem ser respeitados. Passaram a adquirir autonomia e saíram da invisibilidade que permaneceram durante muito tempo.

O objetivo desse trabalho é apontar sucintamente como a pessoa com deficiência foi tratada ao longo da história até chegar aos avanços, especialmente na seara jurídica, que coroam o século XXI. Pretende-se demonstrar que só com o paradigma de inclusão, que confere dignidade à pessoa humana, com ou sem deficiência, conseguir-se-á o tratamento igualitário garantido pela nossa Constituição.

---

1 Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, Lei 13.146/15, art. 6º)

Inicia-se com a abordagem histórico-evolutiva das pessoas com deficiência: como elas eram tratadas durante os diferentes períodos da história da humanidade para, em seguida se chegar ao momento em que a deficiência intelectual foi regulamentada. A seguir será feita uma apresentação da legislação e a sua importância para o reconhecimento dos direitos dessas pessoas. Finaliza-se com uma abordagem jusfilosófica da dignidade da pessoa humana, como forma de garantir-lhes tratamento igualitário.

A metodologia utilizada na elaboração do artigo segue uma abordagem qualitativa, descritiva e exploratória como forma de alcançar os objetivos. Para tanto foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental.

## **1 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Nem todo ser humano vem ao mundo com os atributos necessários para ser considerado normal dentro de um padrão aceito pela sociedade. Quando, por algum motivo, não apresenta condições de exercer alguma das atividades corriqueiras, exigidas pela padronização da cultura e sociedade em que se encontra inserida, este é taxado como anormal, ou mais precisamente como um ser dotado de alguma deficiência.

Relatos afirmam a existência de pessoa com deficiência durante toda evolução da humanidade e muitas foram as formas de tratamento a elas dispensados durante esse período. Chamam atenção em especial o discurso sobre o tema na História Antiga e Medieval. Segundo Garcia (2010, p. 9), “As pessoas com deficiência, via de regra receberam dois tipos de tratamento quando se observa a História Antiga e Medieval: a rejeição e eliminação sumária, de um lado, e a proteção assistencialista e piedosa, do outro”.

Ao se considerar os escritos sobre a evolução da humanidade, percebe-se que a sociedade foi cruel com a pessoa com deficiência, chegando muitas vezes a trata-la como o que hoje é social e juridicamente considerado objeto, algo sem utilidade e até como um grave empecilho à sobrevivência do grupo. Segundo Silva (1987, p.25), “A maioria dos povos primitivos, no entanto, indicavam o extermínio como solução para o problema de crianças ou adultos com deficiências físicas ou mentais”.

O mesmo posicionamento é descrito por Agustina Palacios ao descrever o período que denomina de prescindência, isto é, período em que a pessoa era dispensada pela sociedade, pois não tinha nada a agregar. Nessa forma de tratamento as pessoas com deficiência eram totalmente

excluídas da sociedade de forma a tornarem-se invisíveis aos olhos de todos. Era admitido, até pelo próprio Estado o sacrifício dessas pessoas, pois eram consideradas pessoas sem serventia e, muitas vezes, como sendo pessoas diabólicas e que não mereciam viver. (PALACIOS, S.I.)

Nas artes, se constata o tratamento que as pessoas destinavam à pessoa com deficiência a época. Hieronymus Bosch<sup>2</sup>, pintor da arte flamenga<sup>3</sup> do século XVI, retratou a percepção dos mesmos em sua obra denominada a Nave dos Loucos<sup>4</sup>.

Essa situação pode ser vista em vários momentos e locais durante o progresso da humanidade. Na Roma antiga os pais, não importando se eram nobres ou plebeus, tinham permissão para sacrificarem os filhos que apresentassem qualquer tipo de deficiência. Em Esparta, a situação não era diferente, visto que os bebês que nascessem com alguma deficiência ou se a pessoa a adquirisse com o tempo eram lançados ao mar ou em precipícios. (GARCIA, 2015)

Em Atenas, a situação frente à pessoa com deficiência, apresenta uma característica que a diferencia das demais. Influenciada pelo pensamento aristotélico, no sentido de que o importante é o bem estar humano, as pessoas que apresentavam algum tipo de deficiência eram amparadas e protegidas pela sociedade, pois partiam da premissa definida por Aristóteles (1973, p.226) de “tratar os desiguais de maneira igual constitui-se em injustiça”. (GARCIA, 2015)

---

2 Hieronymus Bosch, nascido Jeroen van Aken Anthonissen (c 1450 - 09 de agosto de 1516) foi um pintor adiantado de Netherlandish dos séculos XV e XVI. Muitas de suas obras retratam pecado e falhas morais humanos. Bosch usou imagens de demônios, animais meio-humanos e máquinas para evocar medo e confusão para retratar o mal do homem. (HIERONYMUS, 2015) “Bosch deu um grande destaque ao imaginário, retratando os medos, problemas psicológicos, criaturas imaginárias (humanos e animais) e cenas de horrores. As imagens simbólicas e surreais são frequentes em suas pinturas. Embora muito interpretadas, até hoje muitas destas imagens são um grande mistério para especialistas em arte.” (HIERONYMUS, 2017)

3 O termo pintura flamenga refere-se à pintura feita nos séculos XV-XVII em uma região que coincide aproximadamente com a atual Bélgica. No século XV, começou a produzir pinturas que atraíam os amantes da arte em toda a Europa pelo realismo dos detalhes e pelo brilho de suas superfícies, alcançado graças a uma nova maneira de usar a pintura a óleo. Desde o final do século 15, a Espanha e os ex-Países Baixos estavam sob o domínio comum da dinastia de Habsburgo, os reis da Espanha estavam em uma posição vantajosa para colecionar a pintura desses territórios. (MUSEO DEL PRADO, 2017)

4 O significado da nave, ou barca, esta relacionada as viagem realizada pelos vivos ou mortos. Portanto, a idéia e uma nave de loucos era muito conhecida no período de Bosch, pois a existência de um barco que tinha a finalidade de transportar os loucos para fora das cidades é comprovada por muitos historiadores. (NUNES, 2015)

Porém, nem toda civilização antiga prestou tratamento humanizado para a pessoa com deficiência, aos moldes de Atenas. Pode-se verificar que na Grécia antiga, o costume espartano era de lançar as crianças com deficiência em um precipício. O direito Romano também não tratava de forma muito diferente os bebês nascidos precocemente ou defeituosos. O costume não se voltava para a execução da criança, mas, dava a alternativa dos pais as abandonarem nas margens dos rios ou locais sagrados. (GARCIA, 2015).

Via-se, na Roma antiga, a comercialização de pessoas com deficiência como objetos de prazer e divertimento. Assim, assevera Silva (1987, p.89):

Cegos, surdos, deficientes mentais, deficientes físicos e outros tipos de pessoas nascidas com malformações eram também de quando em quando ligados a casas comerciais, a tavernas, a bordeis, bem como a atividades dos circos romanos, para serviço simples e às vezes humilhantes, costume esse que foi adotado por muitos séculos na História da Humanidade.

Com o surgimento do Cristianismo, o ser humano passa a ser visto como imagem e semelhança de Deus. Assim sendo, independente de sua forma física ou mental, passa a ser tratado de forma diferenciada. “Em síntese, nos primeiros séculos da Era Cristã houve, pelos registros históricos, mesmo com as restrições [...], uma mudança no olhar em relação não só aos deficientes, mas também às populações humildes e mais pobres” (GARCIA, 2015).

O cristianismo influenciou notadamente a conduta do Imperador Constantino, que passou a não mais admitir que crianças ou pessoas com deficiência fossem sacrificadas.

No século IV, por influência do Cristianismo, o Imperador Constantino editou, no ano 315, uma lei que considerava este costume como um crime (‘parricídio’). Esta determinação ou lei do Imperador teria sido publicada em todas as cidades da Itália e da Grécia, no intuito de disseminar a idéia de que não era moralmente correta a eliminação de filhos nascidos com deficiência. (GARCIA, 2010, p.16)

Outra noção a respeito da pessoa com deficiência na idade média foi uma concepção mística que tratava a deficiência como sendo consequência da ira divina, mas precisamente um castigo de Deus. Com o renascimento, a humanidade se torna mais esclarecida desmistificando conceitos antes admitidos.

Entre os séculos XV e XVII, no mundo europeu cristão, ocorreu uma paulatina e inquestionável mudança sócio-cultural, cujas marcas principais foram o reconhecimento do valor humano, o avanço da ciência e a libertação quanto a dogmas e credences típicas da Idade Média. De certa forma, o homem deixou de ser um escravo dos ‘poderes naturais’ ou da ira divina. (GARCIA, 2015)

Assim, a pessoa com deficiência começou a ser tratada de forma diferente, passou a ser considerada como uma pessoa que necessita de atenção específica, e de ser valorizada enquanto ser humano.

Conforme o pensamento de Rousseau, a desigualdade entre os homens se inicia com a vida em sociedade, quando o homem natural se transforma no homem social, onde começa uma busca incessante pela perfectibilidade<sup>5</sup> devido à competitividade entre os membros da sociedade em busca da produção incessante. A diversidade é então fruto da instituição social.

Ora, se se comparar a diversidade prodigiosa do estado civil com a simplicidade e a uniformidade da vida animal e selvagem, em que todos se nutrem dos mesmos alimentos, vivem da mesma maneira e fazem exatamente as mesmas coisas, compreender-se-á quanto a diferença de homem para homem deve ser menor no estado de natureza do que no de sociedade; e quanto a desigualdade natural deve aumentar na espécie humana pela desigualdade de instituição. (ROUSSEAU, Edição eletrônica)

Rousseau admite ainda que as qualidades físicas de uma pessoa pertencem ao estado de natureza e não podem ser modificadas, pois são intrínsecas da qualidade humana. Assim, o mais fraco jamais poderá mandar no mais forte, pois é da natureza humana. Desta forma, as diferenças humanas são reais e próprias da pessoa. A partir daí, e a sociedade que vai estabelecer sua qualificação, isto é, as qualidades que ela entende como positivas e negativas para o sujeito ser considerado no padrão.

O termo pessoa com deficiência foi, oficial e mundialmente, adotado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York, no dia 30 de março de 2007. Tal documento foi inserido no ordenamento jurídico pátrio com o *status* de emenda constitucional

5 “Trata-se de uma faculdade do gênero humano em aperfeiçoar-se em função das circunstâncias. No entanto, esta capacidade de reagir permanece latente enquanto o meio externo permanecer imutável. Essencialmente, a perfectibilidade e a liberdade são as qualidades que tornam o homem singular entre os animais.”(OLIVEIRA; SANTANA, 2017, online)

devido a sua forma de aprovação descrita no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal brasileira ao instituir que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

No Brasil, fruto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, foi recentemente promulgada a Lei 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) em concordância com o que estabelece a citada Convenção e como forma de promover e efetivar os direitos e garantias nela determinados, a qual dispõe em seu Art. 2º<sup>6</sup> acerca do conceito de pessoa com deficiência. Este conceito foi adotado inicialmente pela ONU (organização das nações unidas) e recepcionado pela legislação brasileira.

Foi um longo percurso até se chegar ao termo pessoa com deficiência:

Bem verdade que, à época, a expressão ‘pessoa portadora de deficiência’ representou um avanço, quando deu lugar a dois outros termos contidos nos textos constitucionais anteriores: ‘deficiente’ (fato de se possuir uma ou mais de uma deficiência não significa dizer que se é de ‘todo’ deficiente e ‘excepcional’ (que traz uma ideia mais ligada à deficiência mental e aos considerados ‘superdotados’, e, por isso, não abarca todas as espécies de deficiência, além de contrapor-se comumente, na linguagem coloquial, ao termo ‘normal’, quer dizer, se não é ‘normal’ é ‘anormal’ é ‘excepcional’, fora do comum, uma forma de exceção). (MADRUGA, 2013, p. 33)

Desta feita, salienta-se que a pessoa que apresente algum impedimento que obstrua sua participação plena na vida em sociedade é considerada pessoa com deficiência. Como a própria conceituação trazida na Lei pontua, existem várias causas que podem fazer com que a pessoa se torne incapaz para desempenhar certas atividades do seu dia a dia. Esse impedimento pode advir de uma alteração de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

No tópico seguinte será ressaltada a pessoa com deficiência intelectual de forma pontual, visto ser objeto da pesquisa as alterações da Lei 13.146/15, principalmente, frente a essa modalidade de deficiência.

---

6 Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, Lei 13.146/15)

## 2 A INSERÇÃO DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

Camargo argumenta que a maneira como se trata a loucura mudou com o passar do tempo. Isto é, desde o Renascimento até a modernidade a loucura já foi vista de diferentes formas e “com o advento da Psiquiatria, houve algumas transformações no tratamento fornecido à loucura: o louco não tinha chão, não era dono de seu pensamento, de sua cidadania, de sua identidade, nem tampouco de seu comportamento”. (CAMARGO, edição eletrônica, 2016)

Durante a Idade Média a loucura estava relacionada com a razão, além de que, incluía todas as formas de comportamento estereotipado. “Na Idade Média, a loucura divide sua soberania com mais doze fraquezas da alma humana, como luxúria, discórdia e outras”. (CAMARGO, edição eletrônica, 2016) Nessa época, os loucos deveriam ser excluídos da vida social, serem tirados das vistas daquele território. Como mostra fatos históricos, eles eram mandados para outros lugares, sendo de preferência, para outras terras longínquas, onde ficariam a mercê da sorte. “Na Renascença, a loucura passa a dominar todas as fraquezas humanas. Isso porque a loucura é visível, não esconde nada, não obscurece; ela atrai as pessoas pelo fato de conseguir manter uma dominação sobre as coisas”. (CAMARGO, edição eletrônica, 2016)

É nesse período que a loucura passa a ser vista como doença, necessitando de internação e de tratamento.

O século XVII chega com a criação de uma quantidade bastante razoável de casas de internamento. Muitas pessoas são enviadas para estas instituições. Assim, a loucura podia ser mais bem percebida através da quantidade de internamentos. Nestes locais, os insanos tinham péssimas condições de vida, viviam em condições subumanas, em locais sujos, frios, lotados de gente e sem comida. Para que fosse internado, o insano não dependia da idade, nem do sexo, nem se seu caso fosse curável ou não.

Era dever dos hospitais dar não apenas atendimento médico aos insanos, mas também ter o direito de decidir por eles e julgá-los, quando necessário. Logo no início, a instância da ordem era ligada ao poder real. Aos poucos, este poder foi concedido à burguesia. (CAMARGO, edição eletrônica, 2016).

Na idade clássica, a loucura perde essa percepção de magia, retirando da esfera da loucura as pessoas que apresentavam comportamentos relativos

à feitiçaria e outras práticas que vinham de encontro ao comportamento aceito pela sociedade. “Durante a Idade Média e parte da Renascença, a loucura esteve ligada a causas malignas. No entanto, no século XIX (Idade Clássica), ela se repousava sobre a moral, a ética, sendo por isso chamada de ‘loucura moral’” (CAMARGO, edição eletrônica, 2016).

No século XIX, as doenças mentais passam a serem definidas de acordo com os sintomas apresentados. Para Foucault (1972, p. 318), a loucura representava uma desordenação do espírito, um mau funcionamento entre corpo e alma.

O conceito de pessoa com deficiência vem evoluindo com o passar do tempo. Hoje, após se passar por varias formas de tratamento e preconceitos, não é mais aceitável um conceito fechado no qual entende a deficiência como sendo uma restrição física ou mental. Já se admite que a deficiência possa ter várias causas, inclusive a idade pode fazer com que a pessoas perca suas habilidades. Segundo Laraia (2009, p. 31), “qualquer pessoa poderá, até mesmo em decorrência da idade, vir a apresentar alguma restrição física ou mental”.

Com a evolução cultural e social, até a nomenclatura adotada no Brasil vem sendo modificada ao longo do tempo. Antes, era admitido o uso de termos pejorativos e preconceituosos e só com a legislação atual é que se chegou ao termo que exclui a deficiência como sendo algo intrínseco a pessoa e sim como algo decorrente das barreiras impostas pela sociedade.

Madruga demonstra a evolução dessa denominação ocorrida durante o tempo:

Bem verdade que, à época, a expressão ‘pessoa portadora de deficiência’ representou um avanço, quando deu lugar a dois outros termos contidos nos textos constitucionais anteriores: ‘deficiente’ (o fato de se possuir uma ou mais de uma deficiência não significa dizer que se é de ‘todo’ deficiente) e ‘excepcional’ (que traz uma ideia ligada à deficiência mental e aos considerados ‘superdotados’, e, por isso, não abarca todas as espécies de deficiência, além de contrapor-se comumente, na linguagem coloquial, ao termo ‘normal’, quer dizer, se não é ‘normal’ é ‘excepcional’, fora do comum, uma forma de exceção). (MADRUGA, 2013, p.33)

O entendimento do que pode ser considerada deficiência também sofreu alterações a depender do ponto de vista. Segundo Laraia (2009), a deficiência pode ser vislumbrada de quatro diferentes vertentes: o modelo caritativo, que é entendido como o ser incapaz de levar uma vida independente; o modelo médico, que vê a pessoa com deficiência como

alguém que apresenta problemas físicos e de saúde, e que precisa ser curada, necessitando de serviços especiais, tais como: escolas especiais, profissionais especializados e professores de educação especial. Um outro, é o modelo social, que se baseia na organização social, e segundo o qual é a própria sociedade que discrimina e constrói barreiras de acessibilidade. E, por fim, tem-se o modelo baseado em direitos, que defende que a sociedade precisa garantir que a pessoa com deficiência tenha oportunidades iguais. Isto é, defende o empoderamento, que facilita a participação de tais pessoas na vida social, e a responsabilidade das instituições públicas em implementar os direitos das pessoas com deficiência.

Como salientado, durante toda história da humanidade o entendimento de um conceito específico de pessoa com deficiência sofreu grandes mudanças. A depender do ponto de vista existe um conceito valorizando determinado atributo. Por muito tempo considerou-se a questão da saúde como o principal foco para essa conceituação. Nesta vertente a pessoa com deficiência era vista apenas como um ser que carecia de tratamentos médicos e de todos os profissionais de saúde. Desta forma, a deficiência é vista como uma lesão, e merece ser tratada.

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), lesão era uma condição necessária à deficiência, uma conexão que retirava o sentido sociológico da lesão proposto pelo modelo social e fundamentava a deficiência em termos estritamente biológicos: era a natureza quem determinava a desvantagem, e não os sistemas sociais e econômicos. (DINIZ, 2012, p.45)

A ideia de a deficiência ser vista apenas como uma questão de saúde sofreu a interferência de movimentos em prol da defesa dos direitos das pessoas com deficiência, fato que mudou a concepção do que seria admitido como uma definição aceitável. Nesta vertente a deficiência não estaria abarcada apenas no âmbito do corpo, ou seja, de um corpo fora dos padrões considerados normais, e sim em um ser dentro de um contexto social.

O corpo com deficiência somente se delineia quando contrastado com uma representação do que seria o corpo sem deficiência. Ao contrário do que se imagina, não há como descrever um corpo com deficiência como anormal. A anormalidade é um julgamento estético e, portanto, um valor moral sobre os estilos de vida. [...] a afirmação da deficiência como um estilo de vida não é resultado exclusivo do progresso médico. É uma afirmação ética que desafia nossos padrões de normal e patológico. [...] a deficiência não seria apenas a expressão de uma restrição de funcionalidade ou habilidade. (DINIZ, 2012, p.8-9)

Segundo Araujo (2011, p. 23-24), entende-se que “O que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade”.

Gurgel *et all* (2015, edição eletrônica), conclui:

Pessoa portadora de deficiência é toda aquela que sofreu perda, ou possua anormalidade, de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que venha gerar uma incapacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal para o homem, podendo a gênese estar associada a uma deficiência física, auditiva, visual, mental, quer permanente, quer temporária.

Como mencionado anteriormente, a deficiência pode se manifestar em diferentes funções do ser humano. Assim, a forma da deficiência será determinada em decorrência da área de comprometimento do indivíduo. Caso o comprometimento atinja a função cognitiva do indivíduo, este terá prejudicada a sua capacidade de raciocínio e apresentará uma deficiência intelectual ou mental, como vem expressa por alguns autores.

O Decreto n. 5.296/2004 tratou de especificar, em seu artigo 5º, §1º, inciso I e alínea d, o que poderá ser considerado como deficiência mental. Confira-se:

Deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização da comunidade; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; [...] (BRASIL, Decreto n. 5.296, art. 5º)

A deficiência mental<sup>7</sup> ou intelectual<sup>8</sup> é uma condição complexa que envolve o ser humano, caracterizada por incompetência generalizada e limitações no funcionamento individual impossibilitando o indivíduo de exercer determinadas funções, inclusive, funções práticas do seu dia a

7 Não mais se utiliza o termo deficiência mental quando se trata de uma deficiência cognitiva. Hoje, o termo adotado, no caso, é deficiência intelectual.

8 Segundo Gonzaga a palavra deficiência seria um termo genérico, e o tipo de deficiência, ou seja onde ela vai se manifestar, como física, mental ou sensorial, seria considerada as espécies. Ainda esclarecendo, existe uma diferença entre a deficiência mental, também chamada atualmente de deficiência intelectual, e a doença mental. Esta, é considerada um transtorno mental, isto é, são alterações no funcionamento da mente. (GONZAGA, 2012, p. 21-29)

dia. Segundo Carvalho e Maciel (2003, edição eletrônica), “a deficiência mental está inserida em sistemas categoriais há séculos, figurando como demência e comprometimento permanente da racionalidade e do controle comportamental.”

Araujo (2011, edição eletrônica), apresenta uma definição para deficiência intelectual conforme dados encontrados no dicionário de psiquiatria. Assim, tem-se como definição de deficiência mental:

Desenvolvimento mental incompleto ou inadequado acarretando transtorno para uma adaptação social independente e autônoma. Incapacidade de um comportamento intelectual dentro das habilidades permitidas pela idade cronológica, verificada por meio de testes psicométricos.

Conforme Gonzaga (2012, p.30) tem-se por deficiência intelectual:

A deficiência intelectual é o desenvolvimento mental incompleto (déficit), ou seja, a pessoa tem uma capacidade intelectual diminuída (por problemas genéticos ou por ausência de estimulação), que fica evidente desde o nascimento ou mais tarde, mas sempre até o final da adolescência.

Considera-se pessoa com deficiência intelectual ou mental aquela cuja capacidade cognitiva não consegue se desenvolver o suficiente para acompanhar o seu desenvolvimento biológico. Sua idade de desenvolvimento intelectual não será compatível com a sua idade cronológica impossibilitando o mesmo de realizar algumas atividades da vida diária bem, como de realizar algumas atividades que necessitem de certo nível de raciocínio, pois o mesmo encontra-se comprometido.

### **3 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL APÓS A LEI 13.146/2015**

Durante toda a história da humanidade a pessoa com deficiência sofreu graves discriminações, desde ser sacrificada ao nascer ao ponto de ser considerado objeto de prazer e deleite de outras pessoas, conforme se relatou acima. Devido a um longo processo de lutas e conscientizações, o tratamento para com os mesmos mudou. Com a promulgação da Lei 13.146/15, fruto da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a pessoa com deficiência adquiriu direitos até então não reconhecidos no Brasil.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência surgiu a partir de uma intensa mobilização de pessoas com

deficiência e seus familiares desde meados dos anos 1990 e foi um grande marco na luta pelo reconhecimento de seus direitos.

Segundo Garcia (2015), todo esse movimento, fruto do fortalecimento de uma classe, culminou com a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) pelo Brasil, conferindo-lhe status de emenda constitucional. A participação direta e efetiva de indivíduos com limitações físicas, sociais e cognitivas na elaboração da Convenção (e posteriormente na sua internalização) não foi fruto do acaso, mas decorre de toda uma garra de um grupo populacional, que sobreviveu e passou a exigir seus direitos civis, políticos, sociais e econômicos.

Com base na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no dia 06 de julho de 2015 a Presidente da República sancionou a Lei nº 13.146 (BRASIL) que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou, como também é denominada, Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A nova Lei tem como principal escopo garantir a dignidade da pessoa humana a essa classe da população que já foi tão desrespeitada e continua passando por muitas situações onde se evidencia o preconceito devido à condição de vulnerabilidade que se encontram. Desta feita, pretende-se que a pessoa com deficiência seja vista e tratada como um sujeito de direito e sujeito de desejos, visto que é um ser pensante e detentor de vontades próprias. Assim afirma Pereira (2015) quando defende o direito de desejar e decidir sobre suas vontades: “O sujeito de direitos, como sujeito de desejos que também é, passou a ser reconhecido como um sujeito desejante, isto é, o direito a ser humano com todas as suas mazelas e idiosincrasias”.

Esse será um dos maiores benefícios trazidos pela lei que assim como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência já defendia.

Neste ponto é que se insere a importância histórica da Convenção da ONU, um documento amplo e vinculante e que se destina especificamente a promover e proteger os direitos a dignidade humana das pessoas com deficiência, lastreada numa perspectiva holística e em três alicerces: *os direitos humanos, o desenvolvimento social e a não discriminação*. (grifo do autor) (MADRUGA, 2013, p. 272)

Como visto, a convenção trouxe conceitos atuais, os quais foram amplamente acolhidos pela Lei 13.146, que visam um melhor desenvolvimento da pessoa com deficiência, desmistificando conceitos

anteriores que o deixavam a margem da sociedade. Ela procura inclui-los da melhor forma possível e principalmente garantir-lhes direitos inerentes à pessoa humana como forma de assegurar-lhes uma vida com dignidade.

Esse novo modo de se enxergar a pessoa com deficiência trazida pela convenção e adotada pela Lei 13.146, tem como principal objetivo garantir um tratamento igualitário e autônomo, sem colocar a deficiência como algo impossibilitante de uma vida digna ou mesmo como obstáculo ao desenvolvimento pleno como ser humano. Aos olhos da Lei, a pessoa com deficiência deve ser vista como um ser humano capaz de realizar certas atividades não tolhidas por sua deficiência e muitas vezes barradas por uma questão social. Desta feita, a sociedade é que merece uma reflexão de modo a adotar medidas garantidoras ao desenvolvimento do ser humano que habita em um corpo com deficiência.

O novo modo de ver a pessoa com deficiência deve partir das mudanças sociais que incluem medidas que favoreçam e garantam uma vida com dignidade, salienta a autora:

Apóia-se numa visão socializada de direitos humanos, amparada no modelo social da deficiência, com ênfase, portanto, voltada a associação inexorável entre as limitações do indivíduo (físicas, mentais, intelectuais e sensoriais) e as condicionantes ambientais e sociais que obstam o seu pleno desenvolvimento e autonomia. Transcende, assim, de uma perspectiva assistencial para um modelo baseado nos direitos humanos, em que o processo de inclusão está centrado no combate a restrições e impedimentos ao livre exercício e gozo do sujeito de direitos. (MADRUGA, 2013, p 273)

A pessoa com deficiência, antes de tudo, é uma pessoa humana e merece ser tratada com dignidade, pois tem os mesmos direitos que as demais pessoas. Direito de não ser discriminado, direito de liberdade, direito de autonomia, foram os principais direitos não cumpridos durante toda a história da humanidade. A Lei 13.146/15 tem como principal objetivo fazer valer esses direitos até então desconsiderados. A própria Lei tratou de garantir que os mesmos sejam livres e tenham autonomia sobre suas vontades como forma de garantir-lhes uma vida digna como os demais ditos sem deficiência.

#### **4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM OLHAR SOBRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO SÉCULO XXI**

A Lei 13.146 traz a possibilidade de um novo olhar sobre a pessoa com deficiência, tendo em vista que insere no ordenamento jurídico pátrio um novo paradigma de inclusão, conforme vimos acima. A partir de 3 de

janeiro de 2016 a pessoa com deficiência não mais sofreu determinadas restrições legais que vinham de encontro com a sua dignidade como ser humano. A ela foi atribuída autonomia plena: passa a ser sujeito de direitos e detentor de vontades próprias. É outorgada a pessoa com deficiência o poder de decidir sobre sua própria vida.

Já não se pode mais aceitar o posicionamento anterior onde os mesmos eram tratados como um simples objeto, sem direitos, especialmente o direito à dignidade humana.

A pessoa com deficiência, antes de tudo, deve ser vista como pessoa humana, e como tal, detentora de direitos e de dignidade. Pensamento, este, já adotado pelo Cristianismo há muito tempo. São Tomas de Aquino, nas palavras de Moraes, defendia que: “a dignidade é inerente ao homem, como espécie; a dignidade existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano”. (MORAES, 2010, p.78). Desta feita, não há de se admitir que alguns seres humanos sejam tratados com qualquer diferença que possa afetar a sua dignidade de pessoa humana. A autora, também, argumenta que já vem do Cristianismo a primeira concepção sobre a dignidade humana atribuída a cada ser humano. Como mencionado na Bíblia Sagrada e como forma de fundamentar o pensamento cristão, “o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação”. (MORAES, 2010, p.77)

Então Deus disse:

‘Façamos o homem a nossa imagem e semelhança. Que ele reine sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os animais domésticos e sobre toda a terra, e sobre todos os répteis que se arrastam sobre a terra’. Deus criou o homem à sua imagem; criou-o à imagem de Deus, criou o homem e a mulher. (BIBLIA SAGRADA, Gênesis, 1; 26-27)

As pessoas humanas apresentam em si sua individualidade, fato que as tornam únicas de acordo com suas diferenças. Segundo Arendt (2014), essa pluralidade humana, valorizando o que os torna deferentes entre si, nos faz remeter a um duplo sentido, onde se deve levar em consideração os aspectos da igualdade de tratamento e os aspectos da diferença.

No pensamento hobbesiano, já havia referência de que a vontade humana não poderia ser descartada, mesmo atribuindo essa vontade ao poder de uma pessoa. Hobbes disse que o poder deveria ser atribuído a vontade de uma pessoa. Fez ainda uma menção na mesma obra sobre a

igualdade das pessoas onde afirma que todos os homens são naturalmente iguais. (HOBBS, 1979)

Grande mudança na concepção humana veio com o pensamento Kantiano. Kant revolucionou a maneira de tratamento destinado à pessoa humana. Na sua obra *Crítica da razão pura*, ele estabelece duas categorias de valores: a categoria de preço que deverá ser atribuído às coisas e a dignidade que deverá ser atribuído às pessoas. Para Kant a pessoa humana jamais poderá ser usada como objeto, pois, a mesma apresenta um fim em si mesmo. Assim, tudo deverá ser realizado em prol da pessoa humana, como forma de garantir sua dignidade e levando em consideração sua vontade, pois só através desta autonomia da vontade pode-se garantir a liberdade como condição da dignidade humana. (KANT, 2007)

Como salienta Moraes, interpretando o pensamento kantiano, todas as normas devem ter como objetivo primordial o homem, a espécie humana. Para a mesma, o imperativo categórico criado por Kant “orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro. [...] a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral.” (MORAES, 2010, p.81)

Nussbaum, fazendo um comparativo entre os pensamentos de Aristóteles, Kant, Rawls e Marx, assevera que Rawls considera que a pessoalidade reside na racionalidade e não nas necessidades que o iguala aos demais animais. Com esse enfoque, argumenta que levando em consideração a capacidade, se unificaria a racionalidade e a animalidade. Porém, o pensamento de Marx admite que a racionalidade é apenas um aspecto da animalidade. Assim assevera a autora que “[...] Em termos mais gerais, o enfoque das capacidades considera que há muitos tipos de dignidade animal no mundo, e que todas merecem respeito e um tratamento justo”. (NUSSBAUM, 2013, p. 196)

Para Amartya Sen, segundo Nussbaum, a deficiência, ou essa diferença de capacidade, deverá ser tratada como uma assimetria natural e o que favorece essa diferença de capacidade nada mais são do que uma questão social. Ampliando ainda mais esse raciocínio, a autora comenta um posicionamento de Sen criticando Rawls quando diz:

[...] renda e riqueza poderiam ser bons representantes para o que é verdadeiramente relevante, se fossemos capazes de definir as quantidades de modo a levar em consideração aquelas assimetrias;

assim, se déssemos a uma criança uma quantidade adequadamente maior de dinheiro para a sua mobilidade, então, a principio, renda e riqueza poderiam ser ainda medidas apropriadas da posição social relativa. Naturalmente, só poderíamos determinar a quantidade certa por levarmos as capacidades em consideração, e, assim, as capacidades ainda seriam primárias; mas, dessa forma, continuaríamos considerando-as fungíveis em torno de renda e riquezas ao menos para o proposito do calculo social. (NUSSBAUM, 2014, p.203)

Partindo-se para essa vertente de que a deficiência pode ser vista como uma questão social. Goffman (1988) argumenta que o corpo seria considerado o ente atribuído de valores simbólicos aptos a desempenharem atividades exigidas pelo meio social e a deficiência seria a característica que os estigmatizava.

Com a conceituação social desenvolvida por Diniz (2012, p. 17), “a deficiência passou a ser entendida como uma forma particular de opressão social, como a sofrida por outros grupos minoritários, como as mulheres ou os negros”.

Partindo-se desse ponto, um ser que se encontra marginalizado pela sociedade consequentemente tem sua dignidade como pessoa humana desrespeitada.

Com essa sucinta exposição, compreende-se que a conceituação de dignidade humana nada mais é do que uma construção política-filosófica. Segundo Moraes (2010, p.82)

[...] não se trata de adotar uma posição jusnaturalista, mas de ressaltar que, evidentemente, antes de se incorporar tal princípio às constituições, foi imperioso que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, assim, detentor de uma ‘dignidade’ própria, cuja base (lógica) é o universal direito da pessoa humana a ter direitos.

Adotando-se o respeito à dignidade elaborado por Kant juntamente com Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU) onde atribui que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” não se pode olvidar que a pessoa com deficiência seja discriminada por uma sociedade. A partir da Lei 13.146/15, a pessoa com deficiência assume a capacidade plena, devendo ser tratado com autonomia e respeito para todos os atos decorrentes da vida civil, principalmente em relação as suas questões existenciais.

## 5 CONCLUSÃO

O termo pessoa com deficiência foi adotado com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e recepcionado, recentemente, pela Lei nº 13.146/2015. De acordo com o artigo 6º da referida lei, é considerada com deficiência aquela pessoa que apresenta algum impedimento de longo prazo que atrapalhe a sua atuação plena na sociedade.

Dentre as deficiências, destaca-se a deficiência intelectual que ocorre quando a atividade intelectual do indivíduo, seu desempenho cognitivo ou mesmo sua racionalidade, encontra-se em desvantagem frente aos demais.

Foi preciso que fosse criada uma normatização para que os direitos e a dignidade da pessoa humana, referentes à pessoa com deficiência, fossem respeitados por todos, principalmente, pela sociedade e pelo Estado. Para tanto foi necessário muitas lutas contra o preconceito que existiu durante vários momentos da civilização.

A pessoa com deficiência precisou passar por períodos em que foi totalmente desprezível para a sociedade, sendo sacrificado ou excluído do convívio no seio social. Com o grande número de pessoas mutiladas pelas grandes guerras mundiais, um novo olhar surgiu, veio o período em que a deficiência foi vista como uma doença que deveria ser tratada. Só com a conscientização que a deficiência é um problema social é que se conseguiu a inclusão e a diminuição do preconceito. Foi por meio de todas essas conquistas e a adoção da deficiência como uma limitação social que surgiu a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e posteriormente o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Com a nova legislação que entrou em vigor em janeiro de 2016, a Lei 13.146/15 ou, como é mais conhecida, Estatuto da Pessoa com Deficiência, vislumbra-se que seja dispensado aos mesmos, o respeito a sua dignidade e, principalmente, levando em consideração as suas vontades.

O reconhecimento da dignidade humana em relação a pessoa com deficiência já era considerada desde os mais remotos filósofos. Eles tinham na dignidade da pessoa humana o meio ideal para o reconhecimento de todos como pessoa e detentora de direitos e valores.

Conclui-se que tanto na vertente filosófica, como na vertente normativa, a pessoa com deficiência é uma pessoa como qualquer outra

e por ser considerada pessoa é merecedora do respeito a sua dignidade. Assim, mesmo com todas as suas diferenças, essa será a melhor forma de se proporcionar a inclusão.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2014.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras deficiência*. 4. ed. Edição eletrônica: CORDE, 2011.
- BIBLIA SAGRADA. *Tradução dos originais grego, hebraico e aramaico mediante a versão dos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica)*. 198. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2012.
- CAMARGO, Sabrina. Um Olhar Sobre a Loucura de Foucault. *CienteFico*. ano I, v. I, Salvador, jan./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAANGcAF/olhar-sobre-a-loucura-foucault>>. Acesso em: 14 jan. 2016.
- CARVALHO, Erenice Natália Soares de; MACIEL, Diva Maria de Albuquerque. Nova concepção de deficiência mental segundo a American Associationon Mental Retardation – AAMR: sistema 2002. *Periódicos eletrônicos em psicologia*. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-389X2003000200008](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2003000200008)>. Acesso em: 23 abr. 2015.
- DINIZ, Debora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2012. (Coleção Primeiros Passos; 324).
- FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1972.
- GARCIA, Vinicius Gaspar. *Pessoas com deficiência e o mercado de trabalho – histórico e contexto contemporâneo*. 2010. 205f. Tese (Doutorado em economia). Universidade Estadual de Campinas. UNICAMP. 2010. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000782607>>. Acesso em: 01 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. As pessoas com deficiência na história do mundo. *Bengala legal*. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

GOFFIMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.

GONZAGA, Eugênia Augusta. *Direito das Pessoas com Deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2012.

GURGEL, Maria Aparecida. *O Trabalho do Portador de Deficiência*. Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub57.html>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

HIERONYMOUS Bosch Biografia. *Hieronymous Bosch*. Disponível em: <<http://www.hieronymus-bosch.org/biography.html>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

HYERONIMUS Bosch. *Sua pesquisa.com*. Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/pesquisa/bosch.htm>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, Col. Os Pensadores.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. *A pessoa com deficiência e o direito ao trabalho*. São Paulo, PUC, 2009. 189f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp121701.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOARES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MUSEO DEL PRADO. Pintura flamenga e escolas do norte. *Museo del Prado*. Disponível em: <<https://www.museodelprado.es/coleccion/pintura-flamenca>>. Acesso em: 20 set. 2017.

NUNES, Meire Aparecida Lóde. Educação e iconografia: a nave dos loucos de Hieronymus Bosch. *Alb*. Disponível em: <[http://alb.com.br/arquivo-morto/edicoes\\_anteriores/anais17/txtcompletos/sem05/COLE\\_1008.pdf](http://alb.com.br/arquivo-morto/edicoes_anteriores/anais17/txtcompletos/sem05/COLE_1008.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

NUSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Adivaldo Sampaio de; SANTANA, Diana Patricia Ferreira de. Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens, de Jean-Jacques Rousseau. *Passei web*. Disponível em: <[http://www.passeiweb.com/estudos/livros/discurso\\_sobre\\_a\\_origem\\_da\\_desigualdade](http://www.passeiweb.com/estudos/livros/discurso_sobre_a_origem_da_desigualdade)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Dudh*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madri: Cinca, S.I.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. Postado em 10 de agosto de 2015. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a Origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Moraes, S.I. (e-book).

SILVA, Otto Marques da Silva. *A epopéia ignorada: A pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje*. São Paulo: CEDAS, 1987.

RECEBIDO EM: 17/07/2017

APROVADO EM: 21/09/2017

# **AS AUTARQUIAS NO COMPASSO E NO DESCOMPASSO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

***THE MUNICIPALITIES IN THE COMPASS AND IN THE MISMATCH  
OF BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW***

*Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega*

*Doutora e Mestre pela UFPE, professora da UNICAP, onde atua como coordenadora da disciplina de Direito Administrativo e como assessora de Avaliação do Curso de Direito. Atua como Gestora e advogada do Escritório Theresa Nóbrega Advocacia, especializado em Direito do Terceiro Setor*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 As autarquias no compasso e no descompasso do direito administrativo brasileiro; 1.1 Sobre as agências; 1.2 Sobre as agências executivas; 1.3 Das Agências Reguladoras; 2 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** As autarquias representam a matriz fundamental da Administração Pública descentralizada no Brasil, sendo abordadas a partir de sua origem no início do século XX, sua crise a partir dos anos 1940 e sua hegemonia após o Decreto-Lei 200/1967. O texto refere as diversas roupagens da autarquia na Administração Pública Indireta, observando as fundações, agências e os consórcios público e apresenta o debate sobre a perspectiva de ampliação da autonomia e inauguração de um regime jurídico específico das agências reguladoras com o Projeto de Lei Geral 52/2013.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autarquias. Agências Reguladoras. Burocracia.

**ABSTRACT:** The municipalities represent the fundamental matrix of the decentralized Public Administration in Brazil, being approached from its origin in the early twentieth century, its crisis from the 1940s and its hegemony after Decree-Law 200/1967. The text refers to the different types of authority in the Indirect Public Administration, observing the foundations, agencies and public consortiums and presents the debate on the perspective of extending autonomy and inauguration of a specific legal regime of the regulatory agencies with the Bill of General Law 52 / 2013.

**KEYWORDS:** Autarchies. Regulatory Agencies. Bureaucracy.

## INTRODUÇÃO

A autarquia é uma dama multifacetada da Administração Indireta brasileira e apesar de vestir um modelo clássico de regime jurídico e permanecer viva em diferentes gerações do Estado, não podemos supor que o tempo passou sem deixar suas marcas e mostrar suas crises.

Talvez seja possível contar um pouco da história da nossa Administração Pública com base na observação do nascimento e da expansão das autarquias, sobretudo se pensarmos nas suas contradições e nas falácias dogmáticas que se cristalizaram no direito administrativo brasileiro.

Um texto elaborado em homenagem ao professor Francisco Cavalcanti pode ter um pouco da sua ousadia e se desgarrar da verdade construída com base na leitura do direito ditado pelo dever-ser, vislumbrando o compasso e o descompasso das autarquias no seu tempo de nascer, de se transformar e de permanecer com os traços do tipo de Administração Pública que temos.

### 1 AS AUTARQUIAS NO COMPASSO E NO DESCOMPASSO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A autarquia é uma dama multifacetada da Administração Indireta brasileira e apesar de vestir um modelo clássico de regime jurídico e permanecer viva em diferentes gerações do Estado, não podemos supor que o tempo passou sem deixar suas marcas e mostrar suas crises.

Talvez seja possível contar um pouco da história da nossa Administração Pública com base na observação do nascimento e da expansão das autarquias, sobretudo se pensarmos nas suas contradições e nas falácias dogmáticas que se cristalizaram no direito administrativo brasileiro.

Um texto elaborado em homenagem ao professor Francisco Cavalcanti pode ter um pouco da sua ousadia e se desgarrar da verdade construída com base na leitura do direito ditado pelo dever-ser, vislumbrando o compasso e o descompasso das autarquias no seu tempo de nascer, de se transformar e de permanecer com os traços do tipo de Administração Pública que temos.

Assim vamos caminhar nessa reflexão e observar que Themistocles Brandão Cavalcanti em “Instituições do Direito Administrativo Brasileiro”<sup>1</sup>

---

1 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 49-54.

de 1936 registra fenômeno na administração pública francesa, o qual supostamente serviria como inspiração para a criação do modelo de autarquia.

Na França a expansão da nação de serviço que inicia no século XIX e se consolida com o advento da escola de Bordeaux ampliou o cardápio de ofertas relativas a atuação administrativa da potestade pública e por isso o estado estabeleceu de utilidade pública para realizar um processo de descentralização administrativa baseado na especialização das unidades administrativa ocupadas de promover atividades executivas, que seriam desmembrados da pauta dos órgãos hierarquicamente vinculados ao Estado sem se desprender deste.

Com base em Santi Romano e Bielsa, Themistocles Cavalcanti elabora o desenho da ideia de administração indireta que se inaugura com a reforma burocrática da era Vargas e se mantém até hoje, ostentando os mesmos traços. Nesse sentido, o administrativista brasileiro do início do século XX realça três pontos de consequência entre os estabelecimentos de utilidade pública da França e as autarquias brasileiras, quais sejam: autonomia financeira interna, nomeação dos dirigentes e controle administrativo do governo.<sup>2</sup>

O modelo de autarquia concebido nos anos 1930 introduz o primeiro mecanismo de descentralização por imputação legal, estabelecido no direito brasileiro. De acordo com Maria Tereza Fonseca Dias<sup>3</sup> o caráter intervencionista do governo de Getúlio Vargas favorece a criação de autarquias em todas as áreas pertinentes à atuação administrativa do Estado, pois naquela época os modelos de direito privado, empresa pública e sociedade de economia mista, ainda não tinham sido desenhados, pelo ordenamento jurídico, para a administração pública.

Por isso as autarquias brasileiras podiam atuar como polícia administrativa, centros de regulação econômica, empresas estatais e prestadoras de serviços públicos sociais e econômicos. Nessa época cabe mencionar exemplificativamente algumas entidades: Ordem dos Advogados do Brasil<sup>4</sup>, Departamento Nacional do Café, Instituto do Açúcar e do

---

2 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 49-54.

3 DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 173-195.

4 A Ordem dos Advogados do Brasil deixou de ser autarquia com o julgamento da ADI 2026/2006, que não reconheceu as características do Regime Jurídico de Direito público na caracterização da instituição.

Álcool, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Petrobrás, inclusive os sindicatos, nos anos 1930.<sup>5</sup>

De acordo com tese com Eli Diniz<sup>6</sup> o regime jurídico de direito público adotado pelas autarquias que intervinham diretamente na economia logo se pronunciou “anacrônico” para o desenvolvimento da atividade fim dessas entidades, por isso nos anos 1950 José Cretella Junior começa a empenhar a bandeira de regime jurídico de direito privado para antes descentralizados cujas atribuições estatutárias sejam incompatível com o regime jurídico de direito público.

Nessa época os modelos de empresa estatal, empresa pública e sociedade de economia mista, foram forjados, mas seguiram-se anos de incerteza na prática da administração e no debate acadêmico pertinente à matéria. Só com o Decreto Lei 200/1967 se verifica um processo de saneamento jurídico dos conflitos ligados à concepção da Administração Indireta.

Um texto de José Jappur, publicado em Revista de Direito Admirativo do ano de 1977 critica a imprecisão do conceito de autarquia no Decreto Lei 200/1967, elucidando um fenômeno chamado de “crise de desautarquização”<sup>7</sup> para se referir aos expedientes de modificação da natureza de entidades autárquicas que, naquele momento, pareciam portar a força de uma avalanche. Eli Diniz faz alusão ao episódio narrado por Jappur, registrando que o processo de transição aludido se verificou em autarquias que não desenvolviam atividades empresariais como BNDE, o BNH e a ECT, respectivamente Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, Banco Nacional de Habilitação e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Alberto Venâncio Filho e Eros Roberto Grau elogiaram a reforma administrativa introduzida com o Decreto Lei 200/1967 não só pelo seu caráter uniformizador, mas também pelo aspecto constitucional da bifurcação dos regimes jurídicos no âmbito da Administração Indireta.<sup>8</sup>

Carlos Ari Sundfeld esclarece que o regime jurídico de direito público seria incompatível com o desenvolvimento de atividades empresariais por

5 FONSECA, Tito Prates da. *Lições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1943. p. 73-101.

6 DINIZ, Eli. *Crise, reforma do Estado e governabilidade*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

7 JAPPUR, José. Declínio das Autarquias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 127, I a X, jan./mar. 1977. p. 34 a 41.

8 VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 407-417.

dois motivos, a saber: a) as prerrogativas configurariam privilégios para as empresas estatais que violem o princípio da livre concorrência do artigo 170 da CF/1988 e b) as sujeições estabeleceriam engessamentos na gestão, prejudicando a busca pelo superávit da operação financeira, que deve ser estimulada para a promoção da autosustentabilidade da instituição.<sup>9</sup>

Com o passar do tempo e a acomodação do texto do Decreto Lei 200/1967 fica evidente o papel que as autarquias passam a cumprir numa Administração Indireta, marcada pela diversidade de modelos institucionais, pois as autarquias criadas antes da reforma de 1967, para prestação de serviços públicos sociais, mantiveram sua natureza jurídica original como observamos nos casos da UFPE, INPS<sup>10</sup> e Conservatório Pernambucano de Música.

Muitas instituições foram criadas posteriormente para atuar na promoção de serviços sociais como o INSS e também na promoção do poder de polícia e regulação econômica, tal qual o BAMA, ICMBIO, CADE e Comissão de Valores Imobiliários (CMV). O artigo 173 da CF/1988 consagra o ideal estabelecido pelo Decreto Lei 200/1967, ao vedar implicitamente a exploração direta de atividade econômica por autarquia, por isso há um consenso da dogmática jurídica brasileira sobre a possibilidade das autarquias desenvolverem qualquer função administrativa do Estado, que não se constitua como atividade econômica propriamente dita (agricultura/pecuária, indústria, manufatura, comércio e serviços privados).<sup>11</sup>

A organização dos cursos de direito administrativo vem indicando que o modelo original de autarquia passou por um processo de sofisticação a partir da concepção de formas institucionais de modelagem autárquica como as fundações autárquicas, as agências executivas, as agências reguladoras e associações formatadas como consórcios públicos.

Nessa perspectiva é possível afirmar que as quatro instituições referidas no parágrafo anterior possuem certidão de nascimento de autarquia, o que reforça a noção de autarquia como pilar estrutural da Administração Pública Indireta, sobretudo quando a Lei 13.303/2016 passa a disciplinar o regime jurídico das empresas estatais, ampliando as

9 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 270 e ss.

10 O INPS – Instituto nacional de Previdência Social foi criado como autarquia em 1966, sendo fundido ao IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social em 1990.

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Atlas 2017, p. 498.

distinções entre as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado da nossa administração descentralizada.

Ainda assim, o rebuscamento dos arquétipos de autarquias e o desenho conferido às relações de colaboração entre setor público e setor privado culminam numa constante incerteza, relacionada a determinadas características do regime jurídico das autarquias, que possuem diferentes graus de autonomia em relação a Administração Indireta, de acordo com sua qualificação jurídica e com cada lei instituidora.<sup>12</sup>

Tanto é assim que sete juristas, reunidos em Brasília no ano de 2009, se ocuparam de elaborar um anteprojeto de lei de organização administrativa para suplantiar o texto do Decreto de Lei 200/1967 com uma pauta contemporâneo de conceituação, caracterização, uniformização dos modelos institucionais de âmbito público e privado, que participam direta ou indiretamente da gestão de todas as funções administrativas imputadas pela CF/1988 ao Estado. A matéria é discutida de ponto a ponto em obra coordenada por Paulo Modesto em 2010.<sup>13</sup>

Como já tivemos a oportunidade de mencionar, o conceito de autarquia destacado no Decreto Lei 200/1967 é impreciso e, nesse sentido, o professor José Cretella Junior observa os pecados pronunciados em omissões e terminologias carregadas de indeterminação.

O artigo 5º, inciso I da norma de 1967 conceitua autarquia como um tipo de “serviço” e não esclarece a natureza das atribuições que podem ser destinadas a essas entidades, e quando se reporta a sua personificação, não esclarece se a personalidade jurídica é de direito público ou privado.<sup>14</sup> Coube a doutrina papel relevante na interpretação da constituição e elaboração de um conceito dotado de elementos precisos e pontuais para o reconhecimento de uma autarquia. Vejamos então:

Autarquia é a pessoa jurídica de direito público criada por Lei, no âmbito dos três níveis de governo, que representa espécie de descentralização administrativa em função da transferência da titularidade de uma tarefa da

---

12 A indicação dos variáveis graus de autonomia das autarquias não costuma se apresentar nas obras que indicam a doutrina referente ao direito administração brasileiro, mas é notável a posição de Marçal Justen Filho ao referir “as dimensões da autonomia da autarquia”, vislumbrando diferentes níveis de autodeterminação no âmbito das centenas de autarquias das Administrações Públicas presentes na nossa federação. Confira em JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 123.

13 MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

14 CRETELLA JUNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 64-83.

Administração Direta para a Administração Indireta, que atua com margem de autonomia relativa<sup>15</sup> em relação ao governo, se submetendo de forma eventual e não eventual aos controles atribuídos aos poderes Executivos, Legislativos e Judiciário (conceito apresentado pela fusão de indicadores dogmáticos em Celso Antônio Bandeira de Mello, Diógenes Gasparini, Hely Lopes Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho e Marçal Justen Filho).

Há muitas instituições na Administração Indireta com regime jurídico tipicamente autárquico dentre as quais está a fundação pública – instituição marcada por um percurso confuso devido a dificuldades relacionadas a indeterminação da personalidade jurídica que se lhe seria atribuída.

Desde o advento do Código Civil de 1916 o Poder Público pode instituir suas fundações, mas só com a 7.596/1987, essas instituições ganham *status* de entidades da Administração Indireta.

A referida Lei introduz as fundações no artigo 4º do Decreto Lei 200/1967 e indica a sua personalidade jurídica de direito privado, mas o debate sobre o regime jurídico das fundações públicas, que já tinha passado pela esteira do Supremo Tribunal Federal acaba provocando a construção de teorias que ora indicam a personalidade jurídica de direito privado, ora a personalidade jurídica de direito público das fundações instituídas pelo Poder Público.<sup>16</sup>

De fato, o debate sobre a personalidade jurídica das fundações se protraí no tempo porque a fundação é um instituto jurídico que nasce no direito privado e passa a ter regime jurídico parcialmente de direito público com a Lei 7.596/1987, mas antes mesmo da sua inserção no Decreto-Lei 200/1967 já era possível perceber entidades dessa natureza promovendo serviços públicos.<sup>17</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988 as fundações, cuja personalidade jurídica específica não foi indicada pelo texto do artigo 37, XIX continuam posicionadas no centro de um debate que potencializa a dúvida sobre a personalidade e o regime jurídico que lhes seria atribuído. A formulação de teses indicando a personalidade jurídica de direito público

---

15 De fato, a autonomia das autarquias brasileiras é prejudicada por resíduos do regime autoritário, sobretudo se considerarmos o perfil do recurso hierárquico impróprio, presente inclusive na disciplina das agências reguladoras com base no Parecer 51/2006 da Advocacia Geral da União.

16 Ver RE 101.126 de 24 de outubro de 1984. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45716/44055>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

17 A defesa da personalidade jurídica de direito privado atribuída as fundações é feita inicialmente por Celso Antônio Bandeira de Mello. Confira em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 363 e ss.

como referência a ser adotada no direito brasileiro, favorece a noção de fundação autárquica ou autarquia fundacional.<sup>18</sup>

Só com o advento da EC 19/1998 se estabelece, em definitivo, o entendimento de que as fundações públicas só podem ser criadas com personalidade jurídica de direito privado, em função da criação resultar obrigatoriamente de uma autorização legal, ou seja, a partir de então as fundações passam a ter registro obrigatório do seu estatuto no Cartório de Títulos e Documentos.

No que diz respeito às fundações com personalidade jurídica de direito público, criadas antes da emenda constitucional, não há que se falar na alteração da personalidade ou do regime jurídico de direito público, por isso a Administração Pública no Brasil possui fundações com personalidade jurídica de direito público e fundações com personalidade jurídica de direito privado.

A menção às fundações autárquicas é tida como verdadeira classificação atribuída ao gênero das autarquias, que podem ser distinguidas de várias formas: em função do ente federativo a que estão vinculadas, em função do objeto institucional, e mesmo em função do grau de autonomia frente à Administração Direta.

É possível verificar uma apresentação praticamente universal das autarquias de modelagem jurídica original (concebidas com base na veste dos anos 1930) das autarquias de modelagem derivada (entidades caracterizadas por natureza jurídica particular que surgem no final do século XX). O referenciamento de uma pauta de catalogação de tipos de autarquias é seção que se destaca na obra de José dos Santos Carvalho Filho, ao referir as entidades autárquicas diante de três indicadores relevantes. 1) Quanto ao nível federativo, os itens seriam federais, estaduais e municipais; 2) Quanto ao seu objeto as instituições seriam reconhecidas em categorias diferentes em função de sua atividade fim, como assistenciais, profissionais, de controle, previdenciárias, culturais, administrativas e associativas; 3) Quanto ao regime jurídico, as autarquias seriam reconhecidas como comuns ou especiais, na hipótese de haver derrogação parcial de seu regime jurídico originário.<sup>19</sup>

Algumas autarquias são especiais em função do regime jurídico definido na lei que lhes origina, como é o caso do Banco Central, mas algumas

18 NETO DE ARAÚJO, Edmir. As Fundações Públicas e a Nova Constituição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, dez. 1989. p. 179-192.

19 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas 2017. p.499-504.

autarquias são especiais porque independentemente da lei que lhes dá origem tais entes possuem regime jurídico que, a priori, majora sua autonomia, no caso das agências executivas, reguladoras e associações públicas.

O regime jurídico das autarquias estabelece uma pauta de prerrogativas e sujeições de entidades estatais para as instituições de natureza autárquica. A criação e extinção das autarquias depende de Lei específica – quase sempre o processo legislativo é deflagrado pelo chefe do Executivo em cada esfera da Federação, mas admite-se que a estrutura do ente seja definida pela Constituição Federal, Constituição Estadual, bem como um Lei orgânica municipal.

O regime jurídico de direito público instrumentaliza privilégios que serão citados exemplificativamente: imunidade tributária em relação à impostos sobre o patrimônio, renda e serviços; bens classificados como públicos, caracterizados pela inalienabilidade relativa e pela imprescritibilidade, impenhorabilidade e não onerabilidade; execução fiscal dos créditos; prescrição quinquenal dos débitos e privilégios processual, tal como prazos em dobro para contestar e recorrer judicialmente.

No que diz respeito a sujeições, atinentes ao processos de gestão nas autarquias, destacamos a obrigatoriedade do Concurso Público para a seleção dos servidores públicos do quadro permanente de acordo com o art. 37, II da CF/1988, a obrigatoriedade do regime estatutário no que diz respeito a relação de trabalho constituídas pelos servidores concursados, em função do restabelecimento do regime jurídico único suprimido do “caput” do artigo 39 da CF/1988 – a ressuscitação da unicidade do regime estatutário no âmbito das pessoas jurídicas de direito público deriva do julgamento da ADI 2135/2008<sup>20</sup>; a licitação como imperativo categórico na seleção de fornecedores e outros particulares que contratam com a Administração Pública; regime publicístico de contratação com base no art. 55 e 58 a 61 da Lei 8666/1993.

As sujeições do regime jurídico de direito público também embasam o controle da autarquia, observado em instrumento internos e externos de fiscalização e correção dos atos e contratos dessas entidades. O controle interno é aquele que deriva do princípio da autotutela, potencializando o manejo das ferramentas de orientação, coordenação, fiscalização, revisão, avocação e delegação pautadas no poder hierárquico da Administração Pública.<sup>21</sup>

20 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000209216&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

21 CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de. *Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 149 e ss.

O controle externo se baseia na intervenção de organizações apartadas da autarquia, que realizam um expediente eventual (Poder Judiciário) ou não eventual (Poderes Executivo e Legislativo), incluindo inclusive o controle social, que fica favorecido pela Lei de Acesso à Informação – Lei 12527/2001.<sup>22</sup>

O controle finalístico do Poder Executivo ainda é definido com base no Decreto-Lei 200/1967 e, pode apresentar uma agenda absolutamente formal de fiscalização se Ministérios e Secretárias de governo não implementarem instrumentos gerenciais para aferir resultados.

O controle do Tribunal de Contas vem passando por um processo de revisão para que a auditoria financeira-orçamentária das entidades da Administração Indireta seja somada a capacitação de gestores públicos, ampliação das hipóteses de atuação preventiva, sobretudo no que tange às licitações e ampliação de trocas com outros órgãos de controle com base na tecnologia da informação.<sup>23</sup>

O controle externo das autarquias e da Administração Pública de um modo geral vive um momento de esplendor com os reflexos do neoconstitucionalismo no direito administrativo, pois a judicialização das políticas públicas, mesmo diante das reservas quanto a hipertrofia do Poder Judiciário, tem um saldo positivo na promoção de direitos fundamentais.

Desde a edição da Lei 9.784/1999 é possível perceber um salto do controle da Administração Pública decorrente do princípio da motivação dos atos administrativos, que amplia controle dos atos administrativos, sobretudo, nas hipóteses em que a atuação do Poder Público se baseia no uso do Poder Discricionário.<sup>24</sup>

Uma última palavra precisa ser dirigida ao debate da autonomia das autarquias, que se destaca num consenso dogmático acinzentado pela prática da Administração Pública brasileira, pois as Autarquias continuam

---

22 FRANÇA, Philip Gil. *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.76-112

23 AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André dos Santos; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. *A administração pública sob a perspectiva do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 347-407.

24 O professor Francisco Cavalcanti enfatiza a base da construção da teoria dos motivos determinantes na Alemanha. NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira et. al. *Comentários à Lei de Processo Administrativo Federal*. São Paulo: Saraiva, 2016. 149.

assombradas pelo Decreto-Lei 200/1967, que não avança em relação as distorções da engenharia burocrática introduzida no Brasil, nos anos 1930.<sup>25</sup>

Nesse ponto devemos refletir sobre o processo de nomeação dos dirigentes da autarquia, que favorece significativamente interferência política do Governo em ambientes onde a matéria é estritamente técnica, sobretudo porque o recurso hierárquico impróprio guarda resíduos de regimes autoritários e está na agenda contemporânea da nossa Administração.

### 1.1 SOBRE AS AGÊNCIAS

As agências são espécies do gênero autarquia introduzidas na Administração Pública Indireta brasileira com advento da reforma gerencial do Estado. O Plano Diretor do Aparelho da Reforma do Estado fez alusão ao modelo de agência, em duas seções, que acabam por distinguir instituições de acordo com os objetivos dos núcleos de atuação do Estado a que se vinculam.

Por isso, o Ministério da Administração e Reforma do Estado, conduzido por Luiz Carlos Bresser Pereira, indicou a possibilidade das agências serem executivas e reguladoras. As primeiras foram referidas no núcleo de atividades exclusivas do Estado, ou seja, atividades administrativas indelegáveis, que não poderiam ser executadas por entes privados do mercado ou do terceiro setor.<sup>26</sup>

A veste de agências executiva seria atribuída a autarquias e fundações com personalidade jurídica de direito público. Nesse caso, a seria possível supor mudança de natureza jurídica, mas atribuição de qualificação jurídica a instituições preexistentes, com base num plano político do Executivo federal.<sup>27</sup>

No que diz respeito às agências reguladoras, o Plano Diretor da Reforma do A parelho do Estado não menciona o modelo de agência reguladora<sup>28</sup> de forma explícita na indicação do núcleo de bens e serviços

---

25 DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 173 e ss.

26 Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

27 Os requisitos para qualificação das autarquias ou fundações com personalidade jurídica de direito público em agências executivas são determinados pela Lei 9.649/1998.

28 Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno06.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

para o mercado, mas é inexorável a associação entre privatização e agências reguladoras.<sup>29</sup>

Com os modelos de agência referidos se inserem em contextos totalmente diversos, é conveniente que a abordagem dos arquétipos se apresente em separado.

## 1.2 SOBRE AS AGÊNCIAS EXECUTIVAS

A reforma gerencial do Estado marca o tempo em que a qualificação jurídica de agência executiva pode ser atribuída a autarquias e fundações com personalidade jurídica de direito público com um debate inquinado de retórica e muitas dúvidas sobre o propósito desse projeto.

A proposta de qualificação jurídica com base nos requisitos da Lei 9.649/1998, propunha a atribuição de um título jurídico de caráter provisório para entidades da Administração Indireta a ser conferida para dezenas de instituições ocupadas de tarefas próprias do poder de polícia, regulação econômica e serviços sociais, que por sua natureza, não pudessem ser publicizados.<sup>30</sup>

A argumentação dos intelectuais que apoiam a reforma gerencial sugere que o título de agência executiva foi concebido como instrumento de gestão para fomentar o controle de resultados da Administração Indireta. De acordo, com Eli Diniz a expansão da Administração Indireta no final dos anos 1960 e início dos anos 1970 favorece a formação dos cabides de emprego e a lavagem do dinheiro público – esse fenômeno é agravado pela insipiência da supervisão ministerial que acaba consagrando o controle administrativo de fachada.<sup>31</sup>

Irene Patrícia Nohara refere a reciclagem da Administração Pública, indicada pela reforma gerencial, destacando a coerência pela busca da eficiência, mas referindo o corte neoliberal da agenda. De fato, o modelo de agência executiva traz consigo essa ideia de reciclagem da Administração Indireta sem furtar as características fundamentais das autarquias.<sup>32</sup>

29 SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. 3. ed. atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 250 e ss.

30 A terminologia publicização é referida na Lei 9.637/1998 para discriminar a hipótese em que o Poder Executivo propõe a extinção de uma entidade da Administração Indireta, que atua no ensino, saúde, cultura, pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico, tendo em vista a atribuição de suas competências para uma instituição privada sem fins lucrativo, qualificada como Organização Social.

31 DINIZ, Eli. *Crise, reforma do Estado e governabilidade*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

32 NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: o impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77 e ss.

De acordo com a Lei 9.649/1998 a concessão do título de agência executiva realizada por decreto do chefe do Poder Executivo Federal depende da presença de dois requisitos. A autarquia ou fundação pública precisam apresentar plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional em andamento e firmar contrato de gestão como ministério supervisor.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>33</sup> sugeriu que a veste de agência executiva seria uma vantagem para entidades da Administração Indireta que passariam a atuar com mais autonomia em função do texto do parágrafo 8º do artigo 37 da CF/1988. Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>34</sup> defendeu o elemento consensualidade como atributo contemporâneo da relação de tutela da administração Direta em relação à Administração Indireta.

O modelo de agência executiva foi até festejado no primeiro ato do espetáculo, mas a discricionariedade conferida ao Executivo, como indutor do processo de qualificação, favoreceu o estancamento dessa diretriz da reforma gerencial do Estado.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>35</sup> sugere que a concessão do título mantém o status de autarquia de instituições que já portavam esse desenho jurídico, enunciando a manutenção do regime jurídico autárquico, com todas as prerrogativas e sujeições atribuídas classicamente às entidades com personalidade jurídica de Direito Público na Administração Indireta.

O regime jurídico das agências executivas seria diferenciado pela ampliação da autonomia e redução das sujeições atinentes regime jurídico administrativo das autarquias. Nas experiências realizadas pelo Governo Federal nos últimos quinze anos é possível perceber que a dilatação ou compreensão da autonomia das agências executivas depende da formatação do contrato de gestão, que apresenta inexorável viés político.<sup>36</sup>

Já no que tange ao regime jurídico supostamente flexibilizado, faz-se necessário registrar a natureza constitucional da maioria das normas associadas às sujeições do regime publicista. Por isso a obrigação de selecionar servidores por meio de concurso público, o regime estatutário dos trabalhadores,

33 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense 2017. p. 599-600.

34 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas de direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. p. 36-42.

35 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Atlas, 2017, p. 518-520.

36 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 403.

a obrigação de licitar e os instrumentos de controle externo atinentes às agências executivas não foram suprimidos da agenda desses entes.

Cabe mencionar a alusão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro a ampliação da Exceção ao dever de licitar disposto no art. 24 I e II da Lei 8666/1993.

De fato, a Lei 9.649/1998 indica a duplicação os valores de referência aludidos para a dispensa de licitação nos contratos de fornecimento de patamar considerado irrisório. Tal majoração, contudo, não implica numa flexibilidade apoteótica, pois os valores em reais, atribuídos como parâmetro para as dispensas do dispositivo mencionado na Lei Geral de Licitações, não sofrem atualização desde 1998, razão pela qual, mesmo numa economia de estabilidade inflacionária, se encontram nitidamente defasados.<sup>37</sup>

Como já tivemos a oportunidade de destacar, o modelo de agência executiva se estabeleceu diante de um contexto legítimo em função do aprofundamento da corrupção durante o regime militar, que desconstituiu as virtudes do processo de descentralização administrativa iniciado timidamente nos anos 1930. Gustavo Justino de Oliveira<sup>38</sup> realça que o contrato de gestão foi destacado na administração francesa dos anos 1960 para realçar o controle do núcleo estratégico do governo, tendo vista a promoção de resultados mais eficientes para a gestão pública daquele país e tendo indicada que os idealizadores da reforma gerencial importaram esse fundamento, como tantos outros aplaudidos e citados pelos administrativistas brasileiros.

Contudo, o modelo de agência executiva à brasileira não se expandiu na nossa administração federal. Poucos estudos acadêmicos se lançam no debate da trajetória dessas instituições.

Algumas especulações sugerem que a transição entre PSDB e PT na presidência da república pode ter reduzido o salto proposto pelo plano diretor da reforma gerencial, mas talvez essa premissa não seja verdadeira, pois vários pilares da reforma gerencial foram mantidos, tais como a Lei de Responsabilidade Fiscal, a expansão dos colegiados com representação da sociedade civil no Poder Executivo, as privatizações, as Organizações Sociais.

---

37 A mesma regra é mantida no Projeto de Lei 559/2013 em curso, tendo em vista a substituição do atual regime de licitações públicas.

38 OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. p. 70.

### 1.3 DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras brasileiras derivam de política específica de intervenção do Estado na economia que se baseia nas diretrizes da reforma gerencial introduzida no Brasil nos anos 1990. Essa reforma administrativa introduz mudanças, na CF/1988, arraigada a uma noção de eficiência que prestigia a austeridade fiscal e a subsidiariedade – ponto que estimula o Estado a ampliar as formas de gestão não estatal.<sup>39</sup>

Por isso a introdução das agências reguladoras na Administração Indireta brasileira se estabeleceu num contexto peculiar, com a expansão de um programa de privatização que alienou integralmente as ações de dezenas de estatais brasileiras. Nessa perspectiva o governo Federal criou um artifício de retórica na segunda metade dos anos 1990 para legitimar o programa nacional de desestatizado redefinido pela Lei 9.491/1997.<sup>40</sup>

O programa de desestatização e a expansão da privatização das estatais no setor de energia e telefonia demandava uma proposta de reordenação do papel do Estado que tem as agências reguladoras como verdadeiras porta-estandartes. Nesse ponto é possível perceber uma identidade cronológica e uma congruência metodológica na associação entre privatização e agencificação.

Leonardo Vizeu apresenta um esboço gráfico em forma de pirâmide para sintetizar a arquitetura do novo modelo de regulação dos serviços públicos econômicos explorados pelo setor privado. Nessa perspectiva o especialista em direito econômico realça o papel mediador das agências reguladoras nos conflitos potencializados entre usuários de serviço público e concessionários implicadas na oferta da atividade administrativa.<sup>41</sup>



39 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998. p. 109-138.

40 BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do Estado*. São Paulo: Geração, 2014. p. 19-44.

41 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 210.

Pela posição gráfica ocupada pela agência reguladora é possível perceber a função mediadora da entidade e o patamar de destaque conferido ao Estado, agente responsável pela definição de diretrizes relativas à adequação do serviço público e parametrização de atividades de mercado com forte impacto social. O objetivo da agência reguladora, na representação acima, é potencializar o interesse público.

A noção de regulação remete a tutoria de serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado, e nesse ponto aponta para a agência reguladora como poder concedente nos moldes da delegação de serviço público, disciplinada pela Lei 8987/1995, mas a regulação também se estende em a intervenção do Poder Público na vida privada, abrangendo a definição de regras de conduta, controle da polícia administrativa e equilíbrio do funcionamento do mercado.<sup>42</sup>

O modelo de agências reguladoras dinamiza o referencial de regulação econômica no Brasil, mas não inaugura essa pauta de atuação do Estado. Desde o início do século XX, o Brasil introduziu unidades administrativas com esse fim na administração indireta, como o Departamento Nacional do Café e o Instituto do Açúcar e do Alcool. Regular a economia é uma função administrativa imputada ao estado brasileiro desde à CF/1934, mas durante a maior parte do século não havia uma forma institucional talhada especificamente para essa atribuição.<sup>43</sup>

Alguns centros de regulação econômica continuam com a roupa de autarquia apesar de apresentarem regime jurídico mais próximo das agências reguladoras como o Banco Central e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. As agências reguladoras podem ter seu lastro de atuação ampliado, passando a regular “serviços de utilidade pública” explorados por Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público em pactos de parceria, o que se observa a partir de 2009 na agenda da Agência Reguladora de Pernambuco - ARPE.

Inicialmente as agências reguladoras são consideradas um “modismo norte-americano”, ou seja, mais um instrumento jurídico que o direito administrativo importa com base num fenômeno internacional

---

42 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.(Org.). Direito regulatório: temas polêmicos. (In). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora adas agências diante do princípio da legalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 27-38.

43 AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006. P 113 e ss.

de agencificação.<sup>44</sup> Do ponto de vista do regime jurídico, as agências reguladoras, criadas como “autarquias sob regime jurídico especial”, estão cada vez mais próximas das autarquias e mais longe das autoridades independentes dos Estados Unidos e do Reino Unido.<sup>45</sup>

Leonardo Vizeu tenta destacar um número mais pronunciado de características no ensejo de perceber as agências reguladoras como entendidas “*sui generes*”, mas, de fato, o que se aprofunda na apresentação da dogmática jurídica é uma certa sutileza mencionada em relação aos pontos derogatórios do seu regime jurídico autárquico, enfatizando a independência das agências em relação às influências externas e ao seu corpo técnico.<sup>46</sup>

Mas a autonomia majorada das agências reguladoras se baseia em elementos muito sutis, na medida em que seu regime jurídico se apresenta estritamente com base no órgão deliberativo superior, formado por dirigentes nomeados com base na expertise técnica, crivo do Poder Legislativo e estabilidade provisória dos dirigentes, durante o tempo do mandato.

De acordo com a Lei 9.986/2000 os dirigentes das agências reguladoras são designados num expediente que destaca o crivo do Congresso Nacional, tais dirigentes são nomeados para cumprir um mandato fixo, gozando de relativa estabilidade durante o período do mandato, pois não podem ser exonerados “*ad nuntum*”, apesar de ser válida, as hipóteses de perda do cargo decorrentes de demissão por falta grave apurada em processo administrativo disciplinar e condenação transitada em julgado de ação de improbidade administrativa.

A autonomia diferenciada da agência reguladora foi destacada, na reforma gerencial<sup>47</sup>, como eixo do regime jurídico especial da entidade e aparato fundamental para o aperfeiçoamento do Estado Regulador, por isso muitas dúvidas se apresentaram inicialmente quanto a medida da tutela imposta pelos órgãos supervisores da Administração Direta em

44 DI PIETRO, maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 181-185.

45 MARTÍNEZ, Maria Salvador. Autoridades independientes. Barcelona: Ariel, 2002, p. 53-84.

46 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 213-215.

47 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Org.). Reforma do Estado e administração pública gerencial. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 264.

relação às agências. Um longo debate sobre o alcance do Poder Normativo das agências reguladoras foi incrementado no final dos anos 1990 com destaque para a tese do professor Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Atualmente, o controle administrativo, realizado pelos ministérios em relação as agências, parece gozar de pacificação decorrente do julgamento da ADI 1886 pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Alguns pontos foram definitivamente saneados: a) a supervisão ministerial não compromete a independência da agência reguladora; b) a avocação de competência das agências pelo executivo é lícita de acordo com o Decreto Lei 200/1967 e a Lei 9784/1999; c) o recurso hierárquico impróprio pode ser deflagrado em circunstâncias estritas dispostas no Parecer Normativo da AGU 51/2006.

Claudio Sales e Virginia Parente<sup>48</sup> criticam os parâmetros destacados pelo Governo para reconhecer a autonomia política das agências reguladoras, afirmando que o contingenciamento financeiro tem sido uma arma constante do governo do PT para amordaçar esses centros de regulação, que entre 2002 e 2007 chegaram a contar com um índice de 62% de furto no repasse de verbas relativas ao seu financiamento.

Marcelo Torres sinaliza outro fator que enfraquece as agências reguladoras ao apresentar pesquisa, mostrando altos índices de vacância nos quadros de pessoal, com maioria de trabalhadores temporários e terceirizados em meados de 2006.<sup>49</sup>

A captura política ficou mais evidenciada quando o projeto de Lei 3.337/2004 foi encaminhado em regime de urgência para o Congresso Nacional. O documento desconstrói os elementos nos quais se embasa a autonomia das agências reguladoras, indicando um inexorável retrocesso. Tal projeto de lei recebeu mensagem de retirada em 14/03/2013.

Ainda no contexto da captura política, é possível supor os acordos fechados entre Poder Executivo e Legislativo para a aprovação de dirigentes, com base na repartição do bolo político-partidário de alianças dos partidos da base do governo também indicam uma forma de precarização da autonomia, ou seja, uma espécie de loteamento das agências.<sup>50</sup>

48 INSTITUTO ACENDE BRASIL. O desafio das agências reguladoras. Disponível em: <[http://www.acendebrasil.com.br/media/boletins/arquivos/Energia\\_02.pdf](http://www.acendebrasil.com.br/media/boletins/arquivos/Energia_02.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2017.

49 TORRES, Marcelo Douglas Figueiredo. Agências, contratos e oscips: a experiência pública brasileira. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 102-105.

50 Loteamento político mina as agências reguladoras. Valor Econômico. Edição de 19-1-2005.

Como se não bastasse a captura política, as agências reguladoras têm sido alvo constante de uma captura econômica avassaladora.

Estudo de Claudio Sales<sup>51</sup> revela que entre as 10 (dez) agências reguladoras criadas no Âmbito Federal, 8 (oito) já sofreram intervenções decorrentes de escândalos de corrupção. A operação Porto Seguro da Polícia Federal em 2012 nos dá notícia de que essa página da nossa história ainda não foi virada. Eminente voto do Desembargador e professor Francisco Cavalcanti, com base em Maria Salvador Martínez inaugura o reconhecimento “*capture theroxy*” pelo Poder Judiciário no Brasil.

No espaço dessa discussão sobre as agências reguladoras no Brasil mais uma vez se apresenta uma proposta de unificação do seu um regime jurídico. O projeto de lei 52/2013, que foi aprovado pelo Senado reitera o propósito de manter dirigentes com capacidade técnica de auto nível, mas atribui parcela da atual competência das agências reguladoras para os Ministérios, conforme observamos a seguir:

O projeto trata de exigências para o cargo de diretor e de critérios de independência na elaboração dos planos de ação das agências. Também prevê sabatina para o indicado ao cargo de ouvidor de agência reguladora. De acordo com o projeto, será exigida a apresentação anual de uma prestação de contas ao Congresso por parte das agências e a efetivação dos planos estratégicos e de gestão, que devem conter metas, mecanismos e fontes de recursos. Além disso, o projeto estabelece cinco anos de mandato para os dirigentes das agências, vedada a recondução.

Uma das principais mudanças do relatório é a divisão de competências entre os ministérios e as agências. O texto de Simone Tebet retira alterações das leis específicas de cada uma das agências reguladoras. Essas alterações, segundo a relatora, deslocariam as principais competências para os ministérios supervisores, como é o caso de celebração dos contratos de concessão e aplicação de sanções mais graves.<sup>52</sup>

---

51 INSTITUTO ACENDE BRASIL. Instituto propõe mudanças em projeto de lei das agências reguladoras. Setorial News, 28/02/2007. Disponível em: <[http://www.acendebrasil.com.br/media/imprensa/2007\\_02\\_28\\_Setorial%20News.pdf](http://www.acendebrasil.com.br/media/imprensa/2007_02_28_Setorial%20News.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2017.

52 SENADO NOTÍCIAS. Lei das Agências Reguladoras é aprovada em comissão. Disponível em:<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/23/lei-das-agencias-reguladoras-e-aprovada-em-comissao>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

E as perguntas subjacentes a essa discussão são: Qual o futuro das agências reguladoras no Brasil? A aprovação do projeto 52 vai atribuir às agências aquela autonomia sugerida no despontar da reforma gerencial? Ou os ministérios vão assumir as competências necessárias para o esvaziamento do Poder Regulatório das agências?

Não é tempo de fazer afirmações conclusivas sobre o regime jurídico especial das agências reguladoras, mas uma reflexão sobre as autarquias brasileiras é substancialmente válida para reconhecermos o peso das nossas raízes na Administração Pública e perceber que o direito administrativo brasileiro poderia deixar o decreto-lei 200/1967 no passado.

Para tanto não basta a definição de um paradigma normativo novo, é necessário renovar a essência da Administração Indireta e promover mudanças para suavizar o patrimonialismo, ampliar a transferência e concretizar o controle de resultados.

## **CONCLUSÃO**

No que diz respeito às fundações com personalidade jurídica de direito público, criadas antes da emenda constitucional, não há que se falar na alteração da personalidade ou do regime jurídico de direito público, por isso a Administração Pública no Brasil possui fundações com personalidade jurídica de direito público e fundações com personalidade jurídica de direito privado.

Já no que tange ao regime jurídico supostamente flexibilizado, faz-se necessário registrar a natureza constitucional da maioria das normas associadas às sujeições do regime publicista. Por isso a obrigação de selecionar servidores por meio de concurso público, o regime estatutário dos trabalhadores, a obrigação de licitar e os instrumentos de controle externo atinentes às agências executivas não foram suprimidos da agenda desses entes.

Não é tempo de fazer afirmações conclusivas sobre o regime jurídico especial das agências reguladoras, mas uma reflexão sobre as autarquias brasileiras é substancialmente válida para reconhecermos o peso das nossas raízes na Administração Pública e perceber que o direito administrativo brasileiro poderia deixar o decreto-lei 200/1967 no passado.

Para tanto não basta a definição de um paradigma normativo novo, é necessário renovar a essência da Administração Indireta e promover

mudanças para suavizar o patrimonialismo, ampliar a transferência e concretizar o controle de resultados.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André dos Santos, MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. *A administração pública sob a perspectiva do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do Estado*. 1ed. São Paulo: Geração, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense 2017.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, Parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. (In). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DINIZ, Eli. *Crise, reforma do Estado e governabilidade*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FONSECA, Tito Prates da. *Lições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, São Paulo: Freitas Bastos, 1943.

FRANÇA, Philip Gil. *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

*Fundação - Autarquia - Legião Brasileira De Assistência*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45716/44055>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

INSTITUTO ACENDE BRASIL. *O desafio das agências reguladoras*. Disponível em: <[http://www.acendebrasil.com.br/media/boletins/arquivos/Energia\\_02.pdf](http://www.acendebrasil.com.br/media/boletins/arquivos/Energia_02.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Instituto propõe mudanças em projeto de lei das agências reguladoras*. Setorial News, 28/02/2007. Disponível em: <[http://www.acendebrasil.com.br/media/imprensa/2007\\_02\\_28\\_Setorial%20News.pdf](http://www.acendebrasil.com.br/media/imprensa/2007_02_28_Setorial%20News.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2017.

JAPPUR, José. Declínio das Autarquias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 127, I a X, jan./mar. 1977.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARTÍNEZ, Maria Salvador. *Autoridades independientes*. Barcelona: Ariel, 2002.

MELLO, Celso Antônio bandeira de. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MODESTO, Paulo. (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas de direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NETO DE ARAÚJO, Edmir. As Fundações Públicas e a Nova Constituição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, dezembro de 1989.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira et. al. *Comentários à Lei de Processo Administrativo Federal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: o impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

\_\_\_\_\_. *Reforma do Estado para a cidadania: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998.

SENADO NOTÍCIAS. *Lei das Agências Reguladoras é aprovada em comissão*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/23/lei-das-agencias-reguladoras-e-aprovada-em-comissao>>. Acesso em: 05/ abr. 2017.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. 3ed. atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TORRES, Marcelo Douglas Figueiredo. *Agências, contratos e oscips: a experiência pública brasileira*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RECEBIDO EM: 03/04/2017

APROVADO EM: 09/05/2017

# **POLÍTICAS PÚBLICAS NA VISÃO GARANTISTA: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA REALIDADE BRASILEIRA**

***PUBLIC POLICIES IN THE GARANTISTA VISION: CONSIDERATIONS  
ABOUT THE BRAZILIAN REALITY***

*Yduan de Oliveira May*

*Mestre e Doutor em Direito, UFSC. Professor do Programa de Pós-graduação  
Stricto Sensu em Direito da UNESC. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em  
Estado, Política e Direito. Advogado*

*Maurício da Cunha Savino Filó*

*Doutorando em Direito, UFSC. Professor de Teoria Geral do Processo e de  
Prática Administrativa na UNESC. Pesquisador no Núcleo de Direitos Humanos e  
Cidadania - NUPEC. Advogado*

*Mauro da Cunha Savino Filó*

*Mestre em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos e Especialista em  
Processo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito Brasileiro; 2 Aspectos Gerais da Teoria Garantista de Ferrajoli; 3 A Teoria Garantista a Propósito da Realidade Brasileira Atual; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo tem por tema a questão das políticas públicas e sua necessidade de reavaliação. Toma como parâmetro de análise a Teoria Garantista de Ferrajoli, e como pano de fundo a realidade brasileira contemporânea. O texto é desenvolvido em três seções nas quais se estuda as políticas públicas, a Teoria Garantista e a correlação de ambas. Conclui-se pela ampliação da cidadania via democratização das políticas públicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Garantismo. Estado Democrático. Constituição. Política Pública. Ferrajoli.

**ABSTRACT:** This paper analyses the issue of public policies and their need for reassessment. Uses an analytical parameter Ferrajoli's Garantista Theory in the Brazilian contemporary reality. The text has three sections: study o the public policies, the Garantista Theory and correlation of both. The results confirms the expansion of citizenship by democratization of public policies.

**KEYWORDS:** Garantismo. Democratic State. Constitution. Public Policy. Ferrajoli.

## **INTRODUÇÃO**

Tendo em vista a necessidade de se (re)discutir políticas públicas dentro de uma teoria de direitos fundamentais, este artigo traz à baila a teoria Garantista de Luigi Ferrajoli<sup>1</sup>, e procura confrontá-la com a realidade brasileira, na qual se verifica de antemão a necessidade de reformulações e novas propostas.

O texto é apresentado em três seções, sendo a primeira dedicada ao estudo das políticas públicas, quando será visto a importância da concretização do princípio da cidadania para que aquelas consigam efetivar seu objetivo que é a resolução dos problemas coletivos. A segunda seção objetivará o estudo da Teoria Garantista, especificamente sobre a Teoria dos Direitos e dos Bens fundamentais, estritamente juspositivista que busca explicitar de que forma o Estado deve proteger um núcleo de Direitos Indisponíveis, como a liberdade, o direito de propriedade, os direitos sociais, dentre outros. Finalmente, a terceira seção se dedicará a vislumbrar a aplicação da Teoria Garantista na concretização das Políticas Públicas brasileiras.

Será dado ao estudo um enfoque sobre a necessidade de efetivação de direitos já previstos na Constituição Brasileira, mas ainda não concretizados, como forma de se criticar a necessidade de novos olhares para o Direito.

## **1 POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

As formações territorial e política jamais poderiam alcançar a ideia de soberania, se não houver clara a indissociabilidade entre o Direito e o Estado. Interdependentes, devem ser encarados para a construção ou ampliação da autonomia como sua construção um centro de organização destinada à garantia de um futuro melhor do todo social sob o seu exclusivo comando, como pessoa jurídica que se torna, para atender às pessoas, individuais ou institucionais, no equilíbrio da vida individual e coletiva por meio do Direito (ARAÚJO, 2005, p. 57).

---

1 Ao contrário do que comumente se pensa a teoria do Garantismo não foi desenvolvida somente para o Direito Penal, como podemos imaginar lendo o livro de Ferrajoli "Direito e Razão". No presente texto, não iremos tratar do Garantismo Penal, tratado de forma magistral no livro supra citado, mas da teoria Garantista ligada ao Direito Constitucional, visto, principalmente, em outras obras do autor listadas em nossa referência bibliográfica.

Nesse sentido, no art. 1º da Constituição da República de 1988 declarou-se que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constituindo-se o Estado Democrático de Direito. Trata-se de princípio absolutamente necessário para a interpretação do profissional do Direito Público, que deve se colocar como um permanente intérprete social atento às opções políticas adotadas.

Em um Estado Democrático de Direito o que se busca é o cumprimento de valores constitucionais que devem ser amparados pelo princípio da legalidade, o que não se revelaria em um cumprimento acrítico das leis, mas sim por uma constante reviver constitucional. Não sem motivo Vico (1964, p. 195) há muito já defendia que “*CIX – los hombres de ideas cortas juzgan que es derecho cuanto se ha explicado com palabras*”, em contraposição a que “*CXII – los hombres inteligentes juzgan que es derecho todo lo que dicta la utilidad general de las causas*”.

O Estado Democrático de Direito seria ao mesmo tempo um princípio constitucional e a própria ordem que resulta da aplicação desse princípio, vinculada ao valor da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Segundo Rodrigues (2002, p. 23):

A ordem que se cria e se alimenta do princípio do Estado democrático de Direito tem uma caracterização especial. Para os fins de nosso trabalho, elegemos três decorrências fundamentais da estruturação do Estado democrático de Direito, intimamente vinculadas ao valor da cidadania e da dignidade da pessoa humana, que são a tendência à dimensão participativa da democracia, a garantia do acesso à justiça de direitos transindividuais e a concepção de uma instituição especialmente dedicada à defesa da democracia e dos direitos.

Nos incisos do art. 1º da Constituição, pode-se verificar que estão previstos os princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político.

Para fins deste trabalho, interessa verificar que, dentre várias concepções, a cidadania se concretiza na participação efetiva da população, nas decisões políticas e no bem-estar alcançado pela conquista de direitos expressos na Constituição de 1988, enquanto que na dignidade da pessoa humana está toda a base dos direitos fundamentais. Salienta Rocha (2004, p.34) que:

[...] quando retorna com novo conteúdo e contornos fundamentais no Direito contemporâneo, o uso da palavra dignidade, referindo-se à pessoa humana, ganha significado inédito, qual seja, passa a respeitar a integridade, a intangibilidade e a inviolabilidade do homem, não apenas tomados tais atributos em sua dimensão física, mas em todas as dimensões existenciais nas quais se contém a sua humanidade, que o lança para muito além do meramente físico.

Além da liberdade que aparece como princípio e fundamento da vida (Pecotche, 1982, p. 84), o Estado deve propiciar condições para que haja vidas dignas em seu conteúdo material, moral e espiritual, sempre vinculando essa liberdade ao dever e à responsabilidade individual.

Assim, considerando-se que a dignidade nasce juntamente com o ser humano – sendo o direito criação do ser humano – constata-se que deve haver um equilíbrio perfeito entre três elementos aparentemente distintos: direito-vida-dignidade (ROCHA, 2004, p. 13), parecendo impossível a sustentabilidade de um ordenamento jurídico alheio ao respeito à vida humana e à sua dignidade.

Para Araújo (2005, p. 425), o Direito deve ser encarado como uma expressão de uma normatividade que está em desenvolvimento, não acabada, “tem como fundamento a igualdade dos homens, tornados pessoas de direitos e obrigações, e é nela que se acha centrada a justiça por levar os homens, a sociedade e o Estado à felicidade, de que a base material, tal qual Aristóteles preconizava, é um dos pilares”.

Ocorre que não se verifica a existência de um bem absoluto que satisfaça total e completamente a pessoa humana, em seus afãs infinitos. Então, já que esse “bem absoluto” não pode ser fornecido pelo Poder Público, uma vez que desconhecido, e por ser a felicidade intraindividual, deve o Estado fornecer condições para que ela seja mais facilmente alcançada por meio de políticas públicas adequadas (NASCIMENTO, 1977, p. 286-7).

A ausência de princípios, como o direito à vida e o respeito à dignidade da pessoa humana, condenaria um suposto Estado Nacional a lamentável fracasso, por não possuir elementos afins com a natureza humana, ao que se destina a elaboração e o cumprimento de normas.

Nesse sentido, pelo fato de o conceito de dignidade evoluir conforme o próprio significado de Humanidade evolui, o direito deve sempre ser

rediscutido, a fim de se poder manter a existência digna, ora orientando, ora ampliando e ora restringindo a atuação estatal.

Isso justifica também um constante aumento no interesse pelas políticas públicas no sentido de se auferir resultados satisfatórios, ou seja, uma análise do político mais pelo ponto de vista dos resultados do que pelo enfoque institucional (SCHMIDT, 2008, p. 2307).

Seja em razão de cortes de gastos ou de uma necessidade em se alavancar a economia, esse campo do conhecimento se mostra cada vez mais valorizado, para se estabelecer uma nova visão sobre os governos.

Aponta Souza (2006, p.22-3):

[...] em democracias estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser (a) formulado cientificamente e (b) analisado por pesquisadores independentes. A trajetória da disciplina, que nasce como subárea da ciência política, abre o terceiro grande caminho trilhado pela ciência política norte-americana no que se refere ao estudo do mundo público. O primeiro, seguindo a tradição de Madison, cético da natureza humana, focalizava o estudo das instituições, consideradas fundamentais para limitar a tirania e as paixões inerentes à natureza humana. O segundo caminho seguiu a tradição de Paine e Tocqueville, que viam, nas organizações locais, a virtude cívica para promover o “bom” governo. O terceiro caminho foi o das políticas públicas como um ramo da ciência política para entender como e por que os governos optam por determinadas ações.

Segundo ela, essa análise pública estatal teria nascido nos Estados Unidos, país iminentemente pragmático, que buscou fazer ciência, a partir da Guerra Fria, da atuação democrática do que o governo fazia. Ou seja, poder verificar racionalmente em democracias estáveis o que o governo faz, para posteriormente se analisar o que é feito.

Para se garantir direitos como a vida e a dignidade, parece ser muito mais interessante estudar as políticas públicas no sentido mais prescritivo do que descritivo, concentrando-se em um campo do conhecimento que busca ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente) (SOUZA, 2006, p. 22).

Como Riani (2013), encaram-se as políticas públicas com ação estatal para a solução de problemas da coletividade. Em síntese, política pública será considerada como sendo a ação (ou conjunto de ações) do Estado, ou sua omissão deliberada e consciente, para a solução de problemas coletivos.

Mas do que descrever como são e por que surgiram determinadas políticas, o viés prescritivo propicia a colaboração para se verificar alternativas e até mesmo discuti-las com agentes políticos, ou seja, propiciando a participação popular nos rumos da atuação dos governos, seja por oposição, seja por meio de apoio (SCHMIDT, 2008, p. 2309-11).

Ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ir o princípio da cidadania, que pressupõe a participação popular, como uma forma de se evitar que as políticas públicas sejam fruto de uma visão unilateral de entendimento para se decidir a respeito sobre a realização de programas pelos Entes Federados.

Sem o princípio da cidadania ser concretizado, não se concretiza o Estado Democrático de Direito, pela retirada do caráter democrático das decisões públicas sobre aspectos de interesse coletivos, além de expor o Estado a possíveis radicalismos ideológicos:

Afinal, como alerta Popper (1998, p. 183),

o esteticismo e o radicalismo devem levar-nos a repelir a razão e a substituí-la por uma desesperada esperança de milagres políticos. Esta atitude irracional, que nasce de uma embriaguez de sonhos de um mundo belo, é o que chamo Romantismo. Pode procurar sua cidade celeste no passado ou no futuro, pode pregar a “volta à natureza”, ou a “marcha para um mundo de amor e beleza”; mas apela antes para as nossas emoções do que para a razão. Mesmo com as melhores intenções de fazer um céu na terra, só consegue fazer dela um inferno – aquele inferno que somente o homem prepara para os seus semelhantes.

E, no Brasil há sérios indícios coletivos de insatisfações com relação à atuação dos governos por meio de políticas públicas, sobre as quais se tratarão após a análise da Teoria Garantista.

## **2 ASPECTOS GERAIS DA TEORIA GARANTISTA DE FERRAJOLI**

A Teoria Garantista surgiu no campo penal, após haver um cotejamento entre a realidade da legislação penal, jurisdicional e da

Administração Pública, quando se verificou enorme descompasso entre a razão estabelecida na Constituição (italiana e outras) e a atuação do Poder Público que muitas vezes comete atrocidades jurídicas em nome da própria manutenção do Estado e da ordem social. Designa um modelo teórico de direito, fundado na estrita legalidade, própria do Estado de Direito, como técnica de tutela a minimizar a violência e a maximizar a liberdade (FERRAJOLI, 2010, p. 785).

Enquanto teoria crítica do direito, o “garantismo” requer espírito crítico e incerteza sobre a validade e a efetividade das leis, e sob a legitimação do direito.

Enquanto filosofia do direito e crítica política, o significado do “garantismo” está em se separar de forma laica o direito da moral, ou seja, a validade e a justiça devem ser separadas e analisadas sob um ângulo exclusivamente externo, por meio da justificação e argumentação política do Estado, direcionado para a população, e não por meio de argumentos internos, nos quais se leva em consideração o ponto de vista do Estado (FERRAJOLI, 2010, p. 787-8).

Na obra “Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais”, Ferrajoli (2011, p. 9-10) trabalha o conceito de direitos fundamentais formal ou estrutural, designando direitos fundamentais todos aqueles direitos que tem como sujeito todos os seres humanos, no sentido de haver a expectativa positiva ou negativa de usufruir algo ou ter direito a proteção ou não lesão.

Ao mesmo tempo que concorda em parte com o constitucionalismo clássico, despreza o jusnaturalismo para se conceber direitos naturais, recorrendo a Hobbes, ao afirmar que pela teoria deste nasceria a “configuração do Estado como esfera pública instituída para a garantia da paz e, juntamente, dos direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2011, p. 28-9).

Há um traço comum no constitucionalismo que adota como a submissão de todos os Poderes Públicos a normas que se encontram em um patamar superior, sendo que a maioria dessas normas se encontram na Constituição, onde se elencam por sua vez a maior parte dos direitos fundamentais. Ou seja, há uma supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas e sobre a atuação estatal e jurídica.

Entretanto, a forma de encarar essa relação entre normas e atos públicos que se configura em um Ordenamento Jurídico e em uma Teoria

do Direito encontra uma divergência quanto a sua concepção, conforme ressalta Ferrajoli (2012, p. 1):

[...] o constitucionalismo pode ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou de outro, como a sua expansão e o seu complementamento. A primeira concepção, frequentemente etiquetada de “neoconstitucionalista”, é seguramente a mais difundida. A finalidade deste trabalho é sustentar, ao contrário, uma concepção de constitucionalismo estritamente juspositivista.

Na concepção chamada neoconstitucionalista (que engloba várias teorias com traços comuns) busca-se chegar soluções éticas, muitas vezes se buscando bons argumentos, a fim de se apresentar um caso concreto a decisão mais justa. Já para o “garantismo” haveria um núcleo de direitos indisponíveis que o Estado deve proteger.

Isso se problematiza quando se pensa na melhor maneira de efetivar direitos fundamentais e mesmo de positivizar no Ordenamento Jurídico normas fundamentais.

Desta feita, deve-se criar normas do tipo aberto, ou seja, normas gerais, não específicas, que propiciem a livre interpretação hermenêutica do agente político, permitindo que a interpretação evolua de acordo com o ritmo e os anseios sociais?

Ou, deve-se criar normas fundamentais - considerando o núcleo estruturante dos direitos fundamentais de maneira extremamente e exaustivamente descritiva - a fim de que esses direitos não se percam pela mudança de entendimento ou de vontade política?

Tais questões foram debatidas por Ferrajoli e Manero (2012, p. 44) quando confrontaram dois modelos constitucionais. Ao focar as lacunas provenientes na legislação necessária à efetivação constitucional, Manero apontou a Ferrajoli (2012, p. 42-52) uma construção no sentido de que há diferenças entre normas, no sentido de algumas serem de expectativa e outras restritivas.

As normas atributivas seriam expectativas, ou seja, figuras deontológicas passivas, pois diriam respeito à conduta de um sujeito distinto daquele ao que se atribui, seriam expectativas positivas/negativas. As normas

restritivas seriam imperativas, ou seja, figuras deônticas (faculdade/ obrigação/proibição) ativas, que se referem a conduta do próprio sujeito a que se atribui algo. Assim, para Manero mesmo que a linguagem imperativa ou atributiva seja indiferente no plano teórico; a vantagem em se utilizar a linguagem imperativa estaria em que esta determina obrigações, enquanto que a linguagem atributiva gera lacunas (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 43).

Entretanto, Ferrajoli defende que a linguagem imperativa ou atributiva de nada afeta o problema dos direitos fundamentais, usando como exemplo o texto constitucional italiano, que prevê que “A República protege a saúde como um direito fundamental do indivíduo” e “garante atendimento gratuito aos indigentes” (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 48).

O problema residiria no fato de os direitos fundamentais mesmo estando previstos em linguagem imperativa ou de maneira de expectativa necessitarem de uma legislação para a sua implementação, a fim de que o direito possa ser de fato concretizado. Nesse sentido, a Teoria Garantista coloca o foco do problema dos direitos fundamentais na legislação infraconstitucional.

Para Ferrajoli, quando se analisa o texto constitucional e se verifica que a mera interpretação consegue resolver o problema jurídico, a lacuna seria aparente; porém, quando se verificar a necessidade de uma legislação que regule e fortaleça o direito fundamental previsto, a lacuna será estrutural e o direito de garantia será considerado débil:

Em *Principia iuris* chamei garantia débil à obrigação de garantir (e equivalente) à expectativa expressada pelo direito fundamental, e garantia forte à obrigação da prestação, sanitária em nosso exemplo, introduzida pela atuação obrigatória da garantia débil: a primeira obrigação se lhe impõe o legislador, e pode acontecer que este não a atue dando lugar, assim, a uma lacuna; a segunda obrigação compete aos aparatos institucionais, instituídos em atuação da primeira obrigação, e aos funcionários dos mesmos. (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 48, tradução dos autores)

Essa descrição não valeria para os direitos de liberdade nem para os direitos patrimoniais. Os direitos de liberdade estão em outra perspectiva para o garantismo, pois o que eles preveem é uma proibição em se legislar de alguma que cause algum conflito com os mesmos, ou seja, proíbem a

legislação, sob pena de se causar antinomia jurídica, de resolução mais fácil: a norma infraconstitucional seria declarada nula.

Como exemplo, na realidade brasileira, pode-se citar o art. 5º, da Constituição, em seu inciso XLVII e alíneas, que proíbe a legislação fixar penas de morte, penas de caráter perpétuo, penas de trabalhos forçados, penas de banimento e as penas consideradas cruéis. Da mesma forma, o inciso III do supracitado artigo, determina que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Além de não se necessitar nenhuma legislação para a implementação destes direitos fundamentais, caso haja lesão, a antinomia jurídica pode ser reconhecida, e declarada sem maiores problemas.

Em relação aos direitos patrimoniais, Ferrajoli os considera direitos singulares, pois há uma previsão hipotética para que eles se concretizem, sendo considerados normas hipotéticas, pois o crédito surge com a dívida e o direito de se proibir que alguém lese algum bem advém do direito de propriedade (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 49).

O art. 5º, tanto em seu *caput* quanto em seu inciso XXII garantem o direito de propriedade enquanto direito fundamental, mas não assegura ou garante que todos poderão ter as propriedades que quiserem na hora que quiserem. Situações que deem ensejo ao crédito ou ao patrimônio individual devem ocorrer para que o patrimônio individual se concretize. Porém, o direito a se ter, a ser um indivíduo que possa estar na posição de credor ou proprietário de algum bem, não pode ser lesado, por ser considerado fundamental. Essa diferenciação entre os tipos de normas constitucionais aprofundam a necessidade da análise dos direitos fundamentais que podem ser classificados como téticos, e não como hipotéticos.

Esses direitos fundamentais universais não são considerados da mesma maneira que os direitos patrimoniais, nem mesmo como direitos relativos à liberdade, pois são direitos que pressupõem uma obrigação do legislador em legislar. São, portanto, expectativas positivas que se materializam ou concretizam quando o legislador desenvolve suas ações legislativas.

Um grande exemplo para o garantismo são os direitos sociais, considerados direitos débeis, que necessitam de garantias primárias, assim como de garantias secundárias, para não haver lacunas estruturais. A obrigação do legislador é garantir por meio de introdução de garantias

fortes primárias e secundária que viabilizam “a expectativa de qualquer titular de um direito fundamental” (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 51).

Passa-se a ponderar a realidade brasileira sob a Teoria Garantista.

### **3 A TEORIA GARANTISTA A PROPÓSITO DA REALIDADE BRASILEIRA ATUAL**

Os direitos sociais estão previstos no art. 6º da Constituição, elencados os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados.

Acompanhando-se o noticiário, resta evidente o descompasso entre o texto constitucional, a realidade social e a expectativa da população. Intensas manifestações desde 2013, paralisações de caminhoneiros e outras categorias. Ampla reprovação do governo federal em meados de 2015.

A insatisfação é indício forte de que os direitos sociais assinalados não estão sendo concretizados no Brasil, por motivos variados, que oscilam ao sabor dos tempos e fatos. Não há, portanto, a efetivação das políticas públicas sociais.

Conforme se verifica em outros dispositivos constitucionais, há previsão de o Estado garantir por exemplo a educação (art. 205 da Constituição) a todos, como forma de se desenvolver a pessoa humana, seu preparar para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Igualmente, conforme art. 217, é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, incentivando o lazer como forma de promoção social. Também, deve assegurar o salário mínimo que seja capaz de atender todas as despesas básicas do trabalhador e sua família, com “[...] moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo[...].”(artigos 205, 217, §3º, 7º, IV).

Diante de previsões constitucionais como essas expostas, verificam-se normas téticas das quais o cidadão, em uma visão garantista, não é um mero destinatário, mas também titular de direitos fundamentais, ainda que não efetivamente concretizado pelo legislador. É preciso, pois, viabilizar instrumentos que façam valer a vontade constituinte.

Existem, assim, diversas disposições constitucionais que fixam ou determinam ações políticas de modo expresso mas sem que tais medidas sejam adotadas pelas autoridades. Há, como sustenta Sarlet (2012, 252-253), “o Estado de Direito não no sentido meramente formal, isto é, como ‘governo das leis’, mas, sim, como ‘ordenação integral e livre da comunidade política’, expressão da concepção de um Estado material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetro e limites da atividade estatal”.

Eis aí o sentido da visão garantista, construída pelo mencionado autor como sendo um conjunto de “certos valores, direitos e liberdades fundamentais” que dariam estrutura “à ideia de Estado de Direito” (SARLET, 2012: 252-253), e assegurariam ainda a necessária e desejada “legitimidade da ordem constitucional e do Estado” (SARLET, 2012: 252-253). Ainda segundo o mesmo autor, “[é] neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (...), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que ‘o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos”’.

É precisamente neste contexto que assume relevo a lição de Ferrajoli, no sentido de que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito. Esta a síntese das ideias abraçadas por Ingo Sarlet, que ainda resume a “perspectiva garantista” fazendo a seguinte afirmação:

Sobre este ponto, notadamente numa perspectiva garantista embasada na obra de Ferrajoli, vale conferir o importante contributo de S. Cademartori, *Estado de Direito e Legitimidade*, especialmente p. 26 e ss., lembrando, entre outros aspectos, que o constitucionalismo “cria um referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder político (que Ferrajoli chama de esfera do indecível): a sua própria forma de exercício – submetida ao Direito, democrática, de garantia – e os âmbitos de exclusão, como é o caso dos direitos fundamentais.” (p. 29). Ainda sobre a íntima conexão entre os direitos fundamentais e a Constituição, no âmbito de um Estado Democrático de Direito,

v., entre outros, a recente contribuição de J. L. Bolzan de Moraes, *As Crises do Estado e da Constituição...*, p. 65 e ss. (SARLET, 2012, P. 49)

Canotilho já nos alertava para esta estrutura de garantia das disposições constitucionais. Como menciona Virgílio Afonso da Silva:

Os princípios assumem força normativo constitucional, superando definitivamente a idéia de Constituição como mero instrumento de governo (Constituição-garantia), prevalecendo a adoção da Constituição dirigente, isto é, determinadora de fins e tarefas do Estado”. No sentido aqui proposto, cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, pp. 1037 s.: “A compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica quer se trate de um texto constitucional garantístico [...] quer se trate de um texto constitucional programático.

Sobre o tema, Bortolli (2011, p. 148) esclarece a vinculação dos direitos fundamentais ao Direito Administrativo, condicionado ao direito positivo e a especificidade de seu catálogo de direitos fundamentais. Conclui que não é uma questão a ser respondida pela teoria do Direito, mas pela dogmática jurídica.

Por este caminho, para que o cidadão seja titular de direitos e não um mero receptor de atuações governamentais, o Garantismo indica que os direitos fundamentais devam ser previstos em linguagem de expectativas, e não de forma meramente imperativa para os entes públicos (FERRAJOLI; MANERO, 2012, p. 52-53).

Mesmo que dependente de políticas públicas para a sua efetivação, os direitos fundamentais, se concretizados passam a poder modificar a realidade e crescer melhorias sustentáveis diante da complexidade dos problemas sociais. A política pública situa diversas unidades em totalidades organizadas, desdobrando-se “[...] em planos, programas, projetos, bases de dados ou sistema de informação e pesquisas. Quando postas em ação, são implementadas, ficando daí submetidas a sistemas de acompanhamento e avaliação” (SOUZA, 2006, p. 26).

Contudo, se se considerar que fazer políticas públicas em se tratando de direitos fundamentais previstos em normas que titularizam o cidadão de expectativas positivas, a necessidade de se garantir essas expectativas se confirmam pela ausência de poder se trabalhar com mecanismos legais que possam obrigar pontualmente a Administração Pública a agir de maneira concreta e imediata, cumprindo as determinações do constituinte.

A proposta garantista em uma primeira visão pode dar a entender que os direitos fundamentais seriam reduzidos a expectativas que devam ser concretizadas pela legislação infraconstitucional, engessando a atuação do Estado em políticas públicas.

Porém, o que se verifica é que de fato, os direitos fundamentais se mostram faticamente não concretizados por políticas públicas, seja em razão de ausência de recursos ou de vontade política ou de adoção das medidas administrativas necessárias à implementação daqueles direitos.

As políticas públicas no Brasil podem ser implementadas e encerradas, modificadas e abandonadas em decorrência da atuação do Agente Político, que consegue agir sem maiores incômodos, pois não há dificuldade em se sustentar que os direitos sociais podem ser melhor atendidos por uma forma ou por outra completamente diferente.

A questão aqui, importante, é que a mesma implementação, cumprindo a vontade constituinte não pode restar pendente da vontade deste agente.

A ausência de uma regulação na atuação da Administração Pública no tocante aos direitos sociais investe o Administrador de um poder ilimitado sob os rumos que serão tomados. Mas note-se que a mudança de um gestor público pelo voto não deve autorizar o abandono do que se investiu ou planejou anteriormente, sob pena de graves prejuízos à implementação das políticas públicas.

Conforme Bortolli (2011, p. 193) o Governo ao não ter regulada suas atuações de maneira a forçá-lo a determinadas condutas, se mostra detentor de um poder que não lhe deveria ser entregue e que lhe permita mudar o sentido do próprio princípio da legalidade:

Talvez a contribuição mais significativa para um modelo garantista de legalidade administrativa seja a de deveres fundamentais. A inversão operada pela estipulação dos deveres a serem observados na relação entre governantes e governados, ou entre Administração e cidadãos faz com que a estrutura dos poderes públicos sejam profundamente condicionadas e se tornem mais complexas. As obrigações jurídicas fundamentais dos poderes públicos se tornam o outro lado dos direitos fundamentais de todos, sejam pessoas, cidadãos ou capazes de agir. Rompe-se assim com os resquícios do *apoderamiento ex lege* do princípio monárquico do Estado de Direito alemão que associavam a intangibilidade da soberania estatal externa a uma soberania estatal

interna ancorada na supremacia da Administração sobre os cidadãos no campo dos direitos. Abre-se uma perspectiva para que o princípio da legalidade administrativa assuma por completo seu caráter de garantia dos direitos fundamentais contra o arbítrio e a ineficácia dos direitos por parte da Administração Pública.

Com a contribuição do dever fundamental da Administração, e nessa visão garantista, os direitos fundamentais seriam enriquecidos em seu alcance pela normatização da atuação estatal, ao mesmo tempo que transformariam cada cidadão em um titular efetivo de seus direitos, que poderia indicar detalhadamente os passos não seguidos pela Administração Pública, suprimindo a vontade dele e dando concretude aos Direitos Fundamentais.

#### 4 CONCLUSÃO

O que se observa da Teoria Garantista, tendo como base a bibliografia pesquisada, é que a ela pretende reforçar os direitos fundamentais, ao defender que eles não estão garantidos pela mera menção no texto constitucional.

A conclusão é de que, mesmo que no Brasil contemporâneo as políticas públicas sociais não estejam atendendo ao que a Constituição estabeleceu, não se pode exigir maior produção legislativa para a implementação de direitos fundamentais.

Isto só não é suficiente e não desmerece em nada a Teoria Garantista, que defende o surgimento de leis obrigando a atuação de Governos para a implementação de direitos fundamentais. O processo democrático no Brasil não deve ser centrado na fabricação de novos textos normativos. O problema dos direitos fundamentais parece estar no exercício da cidadania que poderá ocorrer pela democratização das políticas públicas, em novos espaços de participação e na construção dos espaços políticos dos direitos fundamentais. Só assim teremos um Brasil espelho de sua Constituição.

#### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O direito e o Estado como estruturas e sistemas: um contributo à teoria geral do direito e do Estado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG/Movimento Editorial, 514 P., 2005.

CAETANO, Matheus Almeida; MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MOURA, Bruno de Oliveira. *O Direito sob a perspectiva da teoria dos*

sistemas de Niklas Luhmann. In: *Revista Sociologia Jurídica*, n. 09, jul./dez. 2009. ISSN: 1809-2721.

DE BORTOLI, Adriano. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais* [tese]: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito/Adriano De Bortoli; orientador, Sérgio Cademartori, co-orientador, José Luis Serrano Moreno. Florianópolis, SC, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo* – um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Morais da Rosa... [et al.]; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Streck, André Karam Trindade. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zanetti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. *Dos Modelos de Constitucionalismo*. Una Convesación. Madrid: Trotta, 2012.

NASCIMENTO, José Amado. Pessoa humana e Estado. In: FRANÇA, Limongi Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, v. 58, p. 286-287, 1977.

ORTEGA Y GASSET, José. *Una interpretación de la historia universal*. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1966.

PECOTCHE, Carlos Bernardo González (Raumsol). Concepcion de la vida (grandeza y miseria). In: *Colección de la revista Logosofía*, t. I, p. 81-85. 1980.

POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo I. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia. 1998.

RIANI, Frederico Augusto d'Ávila. Constituições programáticas, funções estatais, políticas públicas e a (in)competência do Judiciário. *Sequência* (Florianópolis), Florianópolis, n. 66, p. 137-160, jul. 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termos de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. revisada e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. p. 2307-2333. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas*. Desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, t. 8, 2008.

SOUZA, Celina. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez.2006. p. 20-45, 2006.

VICO, Giambattista. *Principios de una ciencia nueva sobre la naturaleza comum de las naciones: del establecimiento de los principios*. Buenos Aires: Aguilar, 1964.