

REVISTA DA
AGU

volume 18 nº 03 - Brasília-DF, jul./set. 2019

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

Revista da AGU	Brasília	v. 18	nº 03	p. 1-288	jul./set. 2019
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

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

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Renato de Lima França

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Renato de Lima França	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Vládia Pompeu Silva	Corregedora-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor
Adriana Maia Venturini	Coordenadora-Geral de Ensino
Roberto Ribeiro dos Santos	Coordenador-Geral Administrativo em exercício

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

DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA

Diretor da Escola da AGU, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UNB. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado da União.

VICE-EDITORA

ADRIANA MAIA VENTURINI

Coordenadora Geral de Ensino da Escola da AGU. Mestre em Políticas Públicas e Desenvolvimento Econômico pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA e Escola Superior de Administração Fazendária - ESAF. Pós-graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especializada em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB em parceria com a Escola da Advocacia Geral da União. Procuradora Federal.

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 ACADÉMICO

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. Lecciona 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. Doutor em Ciência Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências

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

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA (UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPAÑA)

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, ESPAÑA)

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 Ibàñez (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). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

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). 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 Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUDESTE

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutor 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). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor 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). Mestre e Doutora 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 Doutor 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 (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). Mestre e Doutora 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). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor 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. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

MARIANA FILCHTINER 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.

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). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

PARECERISTAS

AMÉRICO AUGUSTO NOGUEIRA VIEIRA - UFPR/PR

Pós-Doutor em Direito (UFPB). Pós-Doutor em Ciência da Informação (UFPB). Doutor em História das Ciências, das Técnicas e Epistemologia (COPPE/UFRJ). Mestre em Memória Social e Documento (UNIRIO). Mestre em Engenharia de Produção (COPPE/UFRJ). Especialista em Gestão Pública Municipal. Professor Universitário desde 1987 (UFPR, UFF, UNIRIO, USU, UFPB, Cândido Mendes, etc.). Professor Associado de Direito da UFPR.

ANA CRISTINA GOMES - SALAMANCA - ESP

Mestre em Direito pela Unesp, doutoranda em Direito Penal pela Universidad de Salamanca, Escuela de Doctorado “Gobernación global y Estado de Derecho”.

ADELCCIO MACHADO DOS SANTOS - UNIARP/SC

Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC). Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Mestre em Relações Internacionais. Especialista em Direito Civil.

ANDRESSA CATTAFESTA DE OLIVEIRA - OAB/ES

Mestre em Gestão pública, Especialização em Direito Público, Gestão Pública e Gestão Pública Municipal. Analista Administrativo na Agência Nacional de Mineração. Formação em Direito Público com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior, além de ser regularmente inscrita na OAB/ES.

BRUNO GARCIA REDONDO - PUC/SP

Doutorando 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). Pós-Graduado em Direito Privado e em Direito Público pela EMERJ (UNESA/TJRJ, 2009). Professor efetivo de Direito Processual Civil, Processo Tributário, Processo Coletivo e Prática Jurídica nas Graduações da PUC-Rio e da UFRJ e nas Pós-Graduações da PUC-Rio, da Escola da Magistratura (EMERJ), PUC-RS,

PUC-Campinas, UFMT, CESUSC, ABDConst, Mackenzie, Curso FORUM e Rede LFG.

BRUNO MENESES LORENZETTO - PUC/PR

Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia. Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais. 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. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014).

CARINA BARBOSA GOUVÉA - UFPE/PE

Pós-Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE); Doutora e Mestre em Direito pela UNESA. Professora Pesquisadora I da UFRPE no Curso de Bacharelado em Administração Pública; Professora da UNIT/PE. Professora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE).

CARLOS ALBERTO MOLINARO - PUC/RS

Mestre e Doutor em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito.

CAROLINA LOPES DE OLIVEIRA - PUC/RJ

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2016), com período sanduíche no Washington College of Law da American University (EUA). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2016). Advogada e pesquisadora.

EDUARDO ROCHA DIAS - UNIFOR/CE

Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Professor do Programa de Pós-

Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Procurador Federal.

**FLÁVIA LUCIANA GUIMARÃES
MARÇAL PANTOJA DE ARAÚJO -
UFRA/AM**

Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará e Especialista em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia-UNAMA e Escola de Governo do Estado do Pará-EGPA (2008). Professora Adjunta da Universidade Federal Rural da Amazônia (UFRA).

**JOÃO PAULO ROCHA DE MIRANDA
- UNIPAMPA/RS**

Doutor em direitos humanos e meio ambiente pela UFPA. Mestre em direito agroambiental pela UFMT. Professor adjunto do curso de direito da Universidade Federal de Mato Grosso.

**JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO
NETO - UNIBRASIL/PR**

Pós-Doutorando em Direito pelo MACKENZIE. Doutor e Mestre em Direito pela PUC Paraná. Professor do Centro Universitário UniBrasil

**JULIANA DINIZ FONSECA
CORVINO - UCAM/RJ**

Pós-Doutora em Direito. Doutora em Ciência Política. Mestra em Direito. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Direito Médico. Bacharel em Direito. Especialista em Fisioterapia Hospitalar.

**MARCELLY FUZARO GULLO -
FDUC/PT**

Doutoranda 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. Professora Universitária..

**MARCÍLIO FERREIRA FILHO -
UNICEUB/DF**

Doutorando pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em direito pela

Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

**MARCUS VINÍCIUS MOREIRA
ZITTEI - UNIB/SP**

Doutor em ciências contábeis e administração, Mestre em ciências contábeis, contador, professor.

**NATALIA GONÇALVES BARROCA
FMGR/PE**

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco em convênio com a Faculdade Maurício de Nassau. Professora de Direito Penal, Processo Penal e Prática Forense Penal na Faculdade Metropolitana do Grande Recife - FMGR. Professora de cursos de atualização e de pós-graduação na Escola Superior de Advocacia de Pernambuco - ESA-OAB/PE. Professora de Direito Penal da Saúde, na pós-graduação lato sensu em Direito Médico e da Saúde do Instituto dos Magistrados do Nordeste - IMN; em Direito Processual Penal na Estácio Recife.

**RAFAEL ZELESCO BARRETO -
ESCOLA DE GUERRA NAVAL - RJ**

Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre. Professor adjunto da Escola de Guerra Naval - RJ. Áreas de interesse: história do direito internacional, direito e segurança internacional, direito do mar.

**REGINA HELENA GOMES DA
SILVA - SUPINFO INTERNATIONAL
UNIVERSITY/FR**

Doutora em Direito (Público) pela Universidade de Rennes 1 - França (2013-2017). Professora de Direito da Propriedade Intelectual e Industrial e de Direito Digital na "École Supérieure de la Filière Informatique" et na "Supinfo International University", em diversos campus - Rennes, Nantes, Orléans (França).

**RODRIGO GARCIA SCHWARZ -
UNIFIEO/SP**

Doutor em Direito e em História pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Doutor em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha, com Pós-doutoramentos no Ius Gentium Conimbrigae (Centro de Direitos Humanos) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no Centro de Estudios Avanzados da Universidad Nacional de Córdoba e na rede Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano (CINDE) - Universidad de Manizales - Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Professor Permanente do PPGD (Mestrado Acadêmico em Direito) do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO,

ROGÉRIO PICCINO BRAGA - ITE/SP

Pós-doutorando no Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra, Doutor e Mestre em Direito Constitucional - área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Professor Universitário na Universidade Norte do Paraná - Unopar (Bandeirantes/PR).

**RUBÉN MIRANDA GONÇALVES -
USC/ES**

Doctorando en Derecho Administrativo, Máster en Derecho Administrativo y Licenciado en Derecho con grado (sobresaliente), por la Universidad de Santiago de Compostela.

Diplomado en Estudios de la Defensa Nacional (Universidad de Santiago de Compostela - CESEDEN). Profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales en la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor en el Máster de Abogacía de la Universidad Europea de Madrid

RUBENS BEÇAK -USP/SP

Doutor e Mestre em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado da Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (Graduação e Pós-graduação). Professor visitante da Universidade de Salamanca no curso Master en Estudios Brasileños. Coordenador das atividades ligadas ao Termo Aditivo ao Convênio de Colaboração Acadêmica entre a Universidade de São Paulo (USP) e a Universidad de Salamanca (USAL).

RUI MIGUEL ZEFERINO FERREIRA

- USC/ES

Doutorando em Direito, pela Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Direito em Ciências Jurídico-Económicas, pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

AUTORES

CAROLINA VASQUES SAMPAIO - UNIFOR/CE

Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza- Unifor (2017). Especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza - Unifor (2015).

Membro do Grupo de pesquisa Direito Constitucional nas Relações Privadas.

Membro do Grupo de pesquisa Estado, Política e Constituição. Pesquisadora na área de Direito Civil-Constitucional.

CELSO EDUARDO SANTOS DE MELO - USP/SP

Doutor e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Tem experiência na área jurídica em docência e advocacia, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: obrigações tributárias; hermenêutica jurídica; direito e internet; Direito Humanos; Teoria do Estado e direitos fundamentais.

ÉRICO VERAS MARQUES - UFC/CE

Doutor e Mestre pela FGV. Economista, Professor do departamento de contabilidade e do Mestrado Profissional em Administração de Empresas. Professor Associado III da Universidade Federal do Ceará.

GUILHERME EMMANUEL LANZILLOTTI ALVARENGA - UFAL/AL

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Possui pós graduação latu sensu em Direito Privado pela Universidade Gama Filho (2009). Atualmente é Procurador do Município - Procuradoria Geral

do Município de Maceio e Advogado, atuando como Procurador Chefe da Especializada Judicial. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Administrativo, Cível e Trabalhista.

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO - UERJ/RJ

Pós-doutor pela University of Connecticut School of Law, instituição na qual é também Martin-Flynn Global Law Professor. Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, na Estácio e no IBMEC. Tem graduação, mestrado e doutorado na UERJ. É Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Assessor Internacional do Procurador-Geral de Justiça. É Professor Emérito e Diretor Acadêmico da Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro. É autor, dentre outros, do Manual de direito processual civil contemporâneo, do Manual de mediação e arbitragem e da obra Jurisdição e pacificação, fruto de sua tese de titularidade na UERJ.

JAMIRO CAMPOS DOS SANTOS JUNIOR - FACULDADE DE DIREITO DAMÁSIO DE JESUS/SP

Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado.

JOCILDO FIGUEIREDO CORREIA NETO - UFC/CE

Doutor em administração de empresas pela Fundação Getulio Vargas/SP. Mestre em administração de empresas pela Universidade de Fortaleza. Professor do departamento de administração da Universidade Federal do Ceará.

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO - UFPA/PA

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor Titular da Universidade da Amazônia. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará.

JONE FAGNER RAFAEL MACIEL - PF/RN

Mestre em Constituição e Garantia de Direito (UFRN). Especialista em Direito Público (UnB). Procuradoria Federal no Estado do Rio Grande do Norte. Procurador Federal.

LUCIANA ANCHIETA BOUERES - UNIEURO-DF

Especialização em Gestão Estratégica de Recursos Humanos pela Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil(1999). Consultora De Recursos Humanos do Centro Universitário Euro-American, Brasil.

LUCIANA LAURA CARVALHO COSTA DIAS - AGU/DF

Doutora em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Bolsista CAPES em doutorado-sanduíche junto à Université Paris 5. Analista junto à a Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, CODHES (Colômbia), em estância doutoral. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Foi assessora de Ministro do Superior Tribunal de Justiça e procuradora do Estado de Roraima, com atuação junto aos Tribunais Superiores. Atualmente, é procuradora federal em Brasília.

MARCELO MAZZOLA - EMERJ/RJ

Mestre e Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Vice-Presidente de Propriedade Intelectual do Centro Brasileiro de Mediação

e Arbitragem (CBMA). Mediador e Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (CAMES). Professor de Processo Civil da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Coordenador de Processo Civil da Escola Superior de Advocacia (ESA/RJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira de Direito processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC).

MARGARETH VETIS ZAGANELLI

Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutoriais na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB-IT) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO-IT). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

PEDRO HENRIQUE BELO LISBOA TRENTO - PUC/MG

Professor nos cursos de especialização da PUC Minas. Mestrando em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Tributário pelo IBET.

RAMON JORGE DE SOUZA - UFC/CE

Mestrando em Administração em Controladoria pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Engenharia de Sistemas pela Escola Superior Aberta do Brasil. Instrutor no Instituto Plácido Castelo.

ROSALY BACHA LOPES - CESUPA/PA

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado do Pará.- CESUPA - Graduada e em Direito (FAP). Advogada.

**SUZY ANNY MARTINS CARVALHO
- UNIFOR/CE**

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Professora de cursos de graduação com atuação nas áreas do Direito Civil, Direito Constitucional, Direitos Humanos e Biodireito. É professora do Curso de Direito do Centro Universitário Christus - Unichristus, onde leciona disciplinas nas áreas da Metodologia da Pesquisa e Ética . Possui pós-graduação em Psicomotricidade pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (1992)

**VICTOR HUGO TEJERINA-
VELÁZQUEZ - PUC/SP**

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor, Fundador e ex-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMEP.

**WAGNER VINICIUS DE OLIVEIRA
- UFRJ/RJ**

Doutorando em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ, mestre em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2018), bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado (OAB/MG).

**WALENBERG RODRIGUES LIMA -
UFBA/BA**

Mestrando em Direito Públco pela UFBA (2018.2)- na linha de Estado Democrático de Direito e Acesso à Justiça. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Uniages no ano de 2010. Advogado, com foco específico, na área pública.

WASHINGTON EDUARDO

PEROZIM DA SILVA - UNIMEP/SP

Pós-graduado em Gestão de Negócios pela Facamp; Pós-graduado em Direito Tributário pela EPD; Aluno do curso de Pós-graduação Strictu Sensu (Mestrado) em Direito - Universidade Metodista de Piracicaba/Unimep – Piracicaba/SP. Professor de Direito Civil e Direito Empresarial no Centro Universitário Unimetrocamp. Advogado.

SUMÁRIO

Editorial 15

AUTORES CONVIDADOS

Arbitragem e Administração Pública: algumas questões controvertidas
Arbitration and Public Administration: some controversial issues
Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Marcelo Mazzola 17

ARTIGOS

O Estado de Coisas Inconstitucional: um mecanismo do novo
constitucionalismo latino-americano

*The Unconstitutional State of Affairs: a mechanism of the new latin
american constitutionalism*

Celso Eduardo Santos de Melo

Walenberg Rodrigues Lima 37

A Interpretação Sistemática e Teleológica da Constituição Federal nas
Demandas Judiciais de Saúde: em busca da real efetivação do direito social

*The Systematic and Teleological Interpretation of the Federal Constitution in
the Judicial Health Demands: in search of the real effectiveness of social right*

Guilherme Emmanuel Lanzillotti Alvarenga 57

O Falecimento do Agente Público no Curso da Ação Civil de
Improbidade Administrativa: a extensão da aplicabilidade da Lei nº
8.429/92 no resarcimento ao erário

*The Death of the Public Agent in the Course of the Civil Action of
Administrative Improbity: the extension of the applicability of Law nº
8.429/92 in the compensation to the treasury*

Jamiro Campos dos Santos Junior

Margareth Vétis Zaganelli 77

Os limites da competência do Supremo Tribunal Federal no controle
de constitucionalidade: liberdade de manifestação do pensamento,
direito de reunião e (a)tipicidade das marchas em defesa da
desriminalização de drogas (ADPF n. 187)

*The Supreme Court's limits of competence in Judicial review: free speech,
right of assembly and typical adequacy to criminal precept's conduct in the
marches in defense of the decriminalization of drugs (ADPF n. 187)*

Jone Fagner Rafael Maciel 93

Impactos nas condições de trabalho dos usuários do sistema agu de
inteligência jurídica (sapiens)

<i>The impacts on the work conditions of users operating of agu legal intelligence system (sapiens)</i> Luciana Anchieta Boueres.....	121
<i>De Deslocado Interno a Refugiado: Caminho de Idas e Vindas</i> <i>From Internally Displaced to Refugee: Comings and Goings</i> Luciana Laura Carvalho Costa Dias	143
<i>O Papel da Tributação na Promoção da Justiça no Âmbito de Países em Desenvolvimento</i> <i>The Role of Taxation in Promoting Justice in Developing Countries</i> Pedro Henrique Belo Lisboa Trento	161
<i>Análise da Atuação do TCE-CE em Auditorias de Tecnologia da Informação</i> <i>Analysis of the TCE-CE Performance in Information Technology Audits</i> Ramon Jorge de Souza Érico Veras Marques Jocildo Figueiredo Correia Neto	181
<i>Caso Gomes Lund e Outros V. Brasil: o cumprimento da condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil</i> <i>Case Gomes Lund And Others V. Brazil: compliance with the condemnation of the Inter-American Court of Human Rights by Brazil</i> Rosaly Bacha Lopes José Cláudio Monteiro de Brito Filho	201
<i>Escolha do Curador no Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015: os limites da participação do curatelado com deficiência intelectual</i> <i>Choice of Curator at the Status of the Person with Disabilities – 13.146/2015 law: the limits of curated with intellectual disabilities participation</i> Suzy Anny Martins Carvalho Carolina Vasques Sampaio	223
<i>Sobre o Direito à Participação Política e o Dever de Laicidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI N. 4.439/DF</i> <i>On The Right of Political Participation and the Duty of Secularism in the Direct Action of Unconstitutionality - ADI N. 4.439/DF</i> Wagner Vinícius de Oliveira	243
<i>Estudos Preliminares sobre a Importância da Função Social Atribuída à Propriedade Intelectual para Fins de Proteção dos Direitos Fundamentais Previstos na Atual Constituição Federal</i> <i>Preliminary Studies on the Importance of the Social Function Atributed to Intellectual Property for the Purpose of Protecting the Fundamental Rights Provided for in the Current Federal Constitution</i> Washington Eduardo Perozim da Silva Victor Hugo Tejerina-Velázquez	265

EDITORIAL

Prezado Leitor

Este terceiro volume da Revista da AGU se coloca como mais um importante passo no caminho de duplo norte perseguido pelo periódico: tornar-se cada vez mais uma referência na Advocacia Pública de todos os níveis do Brasil e a busca da excelência acadêmica e editorial.

Avançando ainda mais nesta trilha, a feliz seleção dos artigos trouxe também estudos que alçam a Revista da AGU à condição de espaço de fomento de debates de temas que transcendem as raias do direito e da administração pública brasileira, com enfoques que certamente podem atrair o interesse de estudiosos estrangeiros.

Assim, na senda das abordagens que possam dialogar com pesquisas de outros países, colocam-se os artigos acerca da TRIBUTAÇÃO NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA NAS NAÇÕES EM DESENVOLVIMENTO, de Pedro Trento; A ANÁLISE DOS PAPÉIS VIVIDOS PELOS REFUGIADOS, de Luciana Dias; as ponderações sobre A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS de Rosaly Lopes e José Claudio Brito Filho e também O ESTUDO DA FUNÇÃO SOCIAL ATRIBUÍDA À PROPRIEDADE INTELECTUAL de Washington Eduardo Perozim da Silva e Victor Hugo Tejerina-Velázquez.

Com mesmo relevo, o texto dos autores convidados, Marcelo Mazzola e Humberto Pinho, este último vinculado à University of Connecticut School of Law, aborda AS QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, tema que se encontra atualmente na fronteira do conhecimento para o direito público.

O rico leque de assuntos abordados neste volume também traz as destacadas linhas de Celso Eduardo Melo e Walenbergr Lima acerca do ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, exame bastante conectado com as recentes e instigantes discussões havidos na Suprema Corte.

Por fim, cabe sublinhar, no tempo em que o impacto da inteligência artificial no mundo jurídico faz emergir incertezas e questionamentos em grandes escritórios e procuradorias do país, a interessante pesquisa abordando O SISTEMA DE GESTÃO DO CONHECIMENTO DA AGU, de Luciana Boueres e também a análise, de importância federativa transversal, com foco nas demandas Judiciais de saúde, de Guilherme Alvarenga.

Assim, pretendeu-se que a amplitude e qualidade das perspectivas apresentadas tenha resultado numa edição da Revista em sintonia com a missão buscada não apenas pela Escola da AGU mas mesmo com o elevado papel que se quer acreditar que a Advocacia Geral da União possa desempenhar, fazendo jus ao status de organização com inigualável concentração de capital intelectual, em constante afirmação como paradigma para toda advocacia pública do país e também campo aberto dos mais acesos e atuais debates da administração e do direito público brasileiro.

A Direção da Escola da AGU agradece a todos envolvidos no processo editorial da Revista e parabeniza os autores pelos excelentes artigos aqui publicados. Convidamos o leitor a apreciar os trabalhos científicos oferecidos, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Boa e saborosa leitura !

A Direção

RECEBIDO EM: 11/06/2019
APROVADO EM: 29/08/2019

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS

*ARBITRATION AND PUBLIC ADMINISTRATION: SOME
CONTROVERSIAL ISSUES*

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

*Pós-doutor pela University of Connecticut School of Law, instituição na qual
é também Martin-Flynn Global Law Professor. Professor Titular de Direito
Processual Civil na UERJ, na Estácio e no IBMEC. Tem graduação, mestrado e
doutorado na UERJ. É Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
e Assessor Internacional do Procurador-Geral de Justiça. É Professor Emérito e
Diretor Acadêmico da Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro. É autor,
entre outros, do Manual de direito processual civil contemporâneo, do Manual
de mediação e arbitragem e da obra Jurisdição e pacificação, fruto de sua tese de
titularidade na UERJ.*

Marcelo Mazzola

*Mestre e Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Vice-Presidente de
Propriedade Intelectual do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA).
Mediator e Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (CAMES).
Professor de Processo Civil da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
(EMERJ). Coordenador de Processo Civil da Escola Superior de Advocacia (ESA/RJ).
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira
de Direito processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC).*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Vinculação (ou não) dos árbitros aos precedentes; 2 O desenvolvimento de uma cultura de intervenção judicial mímina na arbitragem; 3 Arbitragem e Administração Pública; 3.1 É válido o compromisso arbitral celebrado pela Administração Pública, mesmo sem previsão de arbitragem no Edital de Licitação?; 3.2 Quais os limites da publicidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública?; 3.3 A escolha do árbitro pela Administração Pública exige licitação?; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo analisa algumas questões controvertidas no âmbito da arbitragem envolvendo a Administração Pública e procura responder a algumas das questões mais complexas que tem surgido desde o advento da Lei nº 13.129/2015, sempre tendo em vista a necessária interface com o Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Arbitragem. Administração Pública. Questões Controvertidas.

ABSTRACT: This paper analyses current issues in Arbitration concerning Public Administration and seeks to answer some of the more complex issues that have arisen since the advent of Law 13,129 / 2015, always in view of the necessary interface with the Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Civil Procedure. Arbitration. Public Administration. Controversial Issues.

INTRODUÇÃO

Em vigor há mais de vinte anos, a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96), reformada pela Lei nº 13.129/15, já protagonizou diversas polêmicas, a começar pela discussão sobre a própria constitucionalidade do diploma legal, o que foi dirimido pelo STJ no início do século¹.

Ao longo do tempo, surgiram muitas controvérsias de diferentes matizes (possibilidade de arbitragem envolvendo entes públicos; permissão para os árbitros proferirem sentenças “parciais”; autorização para os árbitros concederem tutelas de urgência, entre outros), muitas das quais equacionadas pelas reformas de 2015.

Por um lado, as alterações legislativas materializaram inegáveis avanços, mas, por outro, pavimentaram as bases para construções dogmáticas que suscitam novos questionamentos.

Neste artigo, analisaremos um tema que vem gerando intensos debates e que também repercute na esfera da Administração Pública (a vinculação ou não dos árbitros aos precedentes).

Além disso, abordaremos algumas questões controvertidas especificamente no âmbito da arbitragem envolvendo a Administração Pública.

A ideia é contribuir com os debates e lançar provocações, instigando o diálogo acadêmico e o enfrentamento dos temas pelos tribunais.

1 VINCULAÇÃO (OU NÃO) DOS ÁRBITROS AOS PRECEDENTES

Talvez um dos assuntos mais controvertidos atualmente seja a discussão sobre a vinculação (ou não) dos árbitros aos precedentes judiciais.²

¹ STF, AgRg na SE 5.206/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 19.12.2001.

² No Brasil, ainda não existe um banco de dados de decisões arbitrais. Logo, não faz sentido discutir, por ora, a vinculação dos árbitros aos precedentes arbitrais. Como explicam Daniel Brantes e Bianca Farias, fazendo referência à Câmara Nacional de Resolução de Conflitos (CRND), espécie de Câmara Arbitral criada pela CBF, para questões envolvendo esporte, “a única área da arbitragem, no Brasil, que possui potencial de desenvolver precedentes arbitrais é a área desportiva uma vez que o regulamento da CRND, em seu art. 38, ao tratar da confidencialidade permite a publicação integral ou parcial de decisões que entender de interesse geral do mercado, omitindo os nomes e qualificações das partes. O § 4º do art. 38 do regulamento também torna o conteúdo das sentenças arbitrais acessível por terceiros com quem mantenha relação de colaboração [...]”. FERREIRA; FARIAS, 2018, p. 171.

Estão os árbitros obrigados a respeitar os precedentes do art. 927 do CPC/15?³ E se não respeitarem, cabe a ação anulatória do art. 33 da Lei de Arbitragem?

A controvérsia – considerada um “falso problema”⁴ – está longe de ser dirimida e exigiria uma obra específica a respeito⁵.

Parte da doutrina entende que os árbitros estão vinculados aos precedentes judiciais⁶. Em linhas gerais, a tese é de que, ao não respeitar

³ Não adentraremos na discussão sobre a existência de um “sistema de precedentes” no direito brasileiro. Também não examinaremos a constitucionalidade ou não do art. 927 do CPC/15, por não ter decorrido de emenda constitucional. Da mesma forma, não analisaremos as diferentes correntes doutrinárias que divergem sobre a força e a natureza das decisões listadas no referido art. 927.

⁴ TUCCI, 2018. Acesso em: 11.05.2019. De acordo com o doutrinador, “toda esta discussão faria realmente sentido se, na prática, os árbitros se recusassem, de forma deliberada e com alguma frequência, a invocar precedentes, vinculantes ou não, no momento em que tivessem de elaborar a *ratio decidendi*, vale dizer, a fundamentação da sentença arbitral. A propósito, ouso perguntar se algum profissional do Direito, no ambiente ainda restrito da arbitragem, já esteve diante de uma sentença arbitral na qual consignado que os árbitros signatários, de comum acordo, deixavam de seguir determinado precedente porque considerado injusto ou equivocado? Alguém já se separou com sentença arbitral, na qual, por exemplo, o tribunal arbitral desconsiderou a orientação consolidada no Superior Tribunal de Justiça de que o prazo prescricional para o exercício da pretensão à reparação dos danos causados por fato do produto ou do serviço flui a partir da ciência inequívoca pela vítima dos efeitos do ato lesivo? [...] Conclui-se, pois, que, sob o prisma da praxe arbitral, o debate acerca da questão acima suscitada deixa de ter maior relevância, sobretudo se considerarmos um importante aspecto: a qualidade, a formação e a experiência da esmagadora maioria dos nossos árbitros, que, além de todos esses predicados, têm de ultrapassar duplo escrutínio: das partes e da respectiva câmara!”.

⁵ A propósito, AMARAL, 2017.

⁶ LUCON; BARONI; MEDEIROS NETO, 2015, pp. 265-276. Desse texto, vale extrair a seguinte passagem: “Quando as partes convencionam a aplicação da lei brasileira, por exemplo, têm em vista a interpretação corrente sobre os diversos dispositivos legais. As partes desejam, por meio da convenção arbitral, que o arcabouço normativo brasileiro seja utilizado como parâmetro para a decisão. [...] As pautas de conduta estabelecidas pelos órgãos da jurisdição estatal, assim como pela própria doutrina, evidentemente geram nas partes a legítima expectativa de que o julgamento conforme a lei adote essa orientação. [...] A existência de uma previsão infraconstitucional federal, por exemplo, cuja interpretação adequada tenha sido fixada pelo STJ em julgamento de recurso especial repetitivo – órgão constitucionalmente criado para uniformizar a interpretação da lei federal –, é forte o bastante para que o árbitro a leve em consideração em sua decisão, porque essa é a pauta de conduta que o STJ se baliza ao determinar o critério de aplicação da lei. Em relação às súmulas vinculantes do STF, inegável haver previsão constitucional de que os órgãos decisórios deverão observá-las. [...] A redação do inc. V do art. 966 do CPC/2015, ao prever o cabimento da ação rescisória quando a decisão ‘violar manifestamente norma jurídica’, serve de parâmetro para o cabimento da ação anulatória da sentença arbitral: a não aplicação da lei no caso em que aplicável, a aplicação em caso inaplicável ou a aplicação com interpretação evidentemente equivocada pode representar julgamento fora dos limites da convenção arbitral, desde que seja manifesto”.

os precedentes – considerados fontes normativas⁷ – os árbitros estariam julgando por equidade, e não à luz do direito aplicável,⁸ o que somente seria possível se as partes assim tivessem convencionado, sob pena de violação da própria convenção de arbitragem (art. 32, IV, da Lei nº 9.307/96)⁹.

Os adeptos dessa corrente¹⁰ também questionam que, ao ignorar os precedentes judiciais, os árbitros estariam violando o dever de fundamentação (art. 489, VI, do CPC/15¹¹) – vício que autoriza a propositura

- 7 Guilherme Rizzo Amaral assinala que o reconhecimento do precedente judicial como fonte do direito não deve ser visto como algo “extravagante”. Em sua visão, “extravagante” é a ideia de que o árbitro pode aplicar ordenamento jurídico distinto daquele aplicado pelo juiz, confundindo “diferentes sistemas de resolução de conflito (judicial e arbitral) com diferentes ordens jurídicas.” AMARAL, 2017. Acesso em: 10.05.2019. Interessante observar que o autor, embora defende a vinculação dos árbitros aos precedentes das Cortes Superiores, não entende cabível a ação anulatória se o árbitro tiver feito o *distinguishing* no caso concreto, somente cabendo a medida se o julgador reconhecer o precedente, mas julgar contra lei, por entender que a tese estaria equivocada: “Digamos, contudo, que uma tal hipótese ocorra. Poderá a sentença arbitral ser anulada simplesmente se aplicado erroneamente o precedente? É claro que não. Tal qual ocorre nos julgamentos por equidade, não é porque o árbitro errou ao interpretar a lei que a sentença estará viciada. O que gera o vício e a possibilidade de anulação é o julgamento expressa e conscientemente contra legem. Nele se reconhece a existência de lei ou do precedente vinculante, mas se deixa de aplicá-los por entender, o árbitro, ser capaz de encontrar solução mais justa do que encontrou o legislador ou a corte de precedente. [...] Assim, se o árbitro reconhecer o precedente mas fizer o *distinguishing* equivocadamente, sua sentença não será passível de anulação. Se, por outro lado, o árbitro reconhecer o precedente mas decidir julgar contrariamente a ele por entender estar errada a corte de precedentes, a sentença arbitral será passível de anulação na medida em que o árbitro estará julgando exclusivamente conforme seu senso de justiça. É dizer, estará julgando por equidade, contrariando a vontade das partes que escolheram arbitragem de direito. Se, por fim, o árbitro for provocado a se manifestar sobre o precedente e deixar de fazê-lo, a sentença será passível de anulação por falta de fundamentação (LArb – artigo 32, III, combinado com 26, II).”
- 8 Vale lembrar que o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996 dispõe que as partes poderão escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.
- 9 Para Leonardo Greco, “a jurisprudência e os precedentes, seja qual for a sua origem, não constituem fonte formal e autônoma de direito, apenas meios de revelação do conteúdo, da extensão e da interpretação da lei ou do costume a que se vinculam como fontes acessórias e complementares”. GRECO, 2018, p. 2.
- 10 Para Humberto Santarosa, se o Estado de Direito tem por escopo o respeito às normas e aos direitos fundamentais, e considerando que a jurisdição é una, “não se pode admitir, ou melhor, não se pode negar que o árbitro, a quem a lei conferiu o poder para dirimir os conflitos de interesses qualificados por uma controvérsia, decidam as lides em desafio àquelle que os Tribunais Superiores já estabeleceram como o direito aplicado à espécie (integrante, pois, do ordenamento jurídico), nos exatos termos de suas funções, vide determinação da Constituição Federal, tudo sob pena de ferir a integridade do direito.” SANTAROSA, 2019.
- 11 Para Flávio Yarshell, é possível o controle judicial, mas este seria subsidiário e pressuporia a oposição de embargos arbitrais ou pedido de esclarecimentos pelo interessado. Em sua visão, a parte poderia buscar a anulação por omissão em juízo apenas se instado o juízo arbitral previamente: “Afora ressalva que eventualmente se possa fazer nos casos em que as partes autorizarem o julgamento por equidade, parece lícito dizer que ao árbitro se aplicam inclusive as disposições constantes dos incs. V e VI do § 1º do art. 489 acima lembrado. Isso tem potenciais desdobramentos relevantes: se a sentença arbitral se

da ação anulatória (arts. 32, III, e 33, da Lei de Arbitragem) –, gerando, ainda, insegurança jurídica¹² e imprevisibilidade.

Em sentido contrário, boa parte da doutrina sustenta que, embora os árbitros devam observar os precedentes, não estariam a eles vinculados, razão pela qual a não aplicação dos precedentes não autorizaria automaticamente a propositura de ação anulatória.¹³

De um modo geral, sustenta-se que:

- a) Ainda que o precedente faça parte do ordenamento jurídico, não existe uma subordinação hierárquica ou qualquer interdependência entre o juízo estatal e o árbitro;
- b) O CPC/15 não se aplica à arbitragem¹⁴, salvo se as partes assim convencionarem;

limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes e a relação deles com o caso sob julgamento; ou se a sentença deixar de aplicar “súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento”, a lei considera que o dever de motivar não foi adequadamente cumprido. Logo, nesses casos, está-se diante de típico error in procedendo, passível de controle pela jurisdição estatal. Mas, justamente na esteira do quanto aqui sustentado, deve haver uma contrapartida: diante da omissão, é indispensável que a parte maneje o pedido de esclarecimentos, para que o órgão arbitral tenha a oportunidade de suprir a omissão e, assim, afastar o error in procedendo. Do contrário, há que se entender que a jurisdição estatal não pode rever o ato”. YARSHELL, 2016, p.155-163.

12 TUCCI, 2016. Acesso em: 11 maio 2019. Do texto, vale transcrever a seguinte passagem: “Assim como o juiz togado, o árbitro não poderá se afastar da interpretação, acerca de determinado texto legal, que desponta consagrada pelos tribunais pátrios. [...] Importa reconhecer que, nessa hipótese, não é propriamente a autoridade hierárquica da qual provém o precedente que determina ao árbitro a sua observância. Na verdade, a eficácia persuasiva do precedente e a exigência de segurança jurídica é que impõem o seu respeito pelo tribunal arbitral, sobretudo quando aquele estiver consolidado ou até mesmo, pela reiteração, transformado em súmula. É evidente que se for hipótese de incidência de súmula vinculante, com maior dose de razão, o árbitro não poderá desprezá-la, invocando simples questão de convicção íntima.”

13 FARIA, 2018. Acesso em: 12.05.2019. Sobre o tema, assinalam também Andre Vasconcelos Roque e Fernando Fonseca Gajardoni: “O art. 32, III da Lei nº 9.307/1996, segundo o qual é nula a sentença arbitral se não contiver os requisitos do art. 26 (entre os quais, a fundamentação), com todas as vênias, não nos parece que deva ser lido na extensão que lhe atribui Cruz e Tucci. Tal interpretação permitiria verdadeira revisão judicial da justiça da decisão proferida pelo árbitro – tudo o que se quis evitar na Lei nº 9.307/1996, quando se extinguiu a exigência de homologação judicial da sentença arbitral.” ROQUE; GAJARDONI, 2016. Acesso em: 13 maio 2019.

14 De acordo com Ricardo Aprigliano, “em relação à discussão sobre a natureza jurisdicional e as consequentes comparações entre a atividade do juiz e a do árbitro, a preocupação atual é a de evitar a incorporação ao processo arbitral de diversos institutos e técnicas processuais que só podem ter aplicação

- c) A não aplicação do precedente ou a sua aplicação equivocada equivaleria a não aplicação da lei brasileira, o que, a rigor, não autoriza a ação anulatória (sob pena de invasão indevida no mérito da decisão arbitral).

Em artigo interessante, intitulado “Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória”¹⁵, Sofia Temer destaca que as decisões arbitrais devem observar os precedentes, mas “não é possível desafiá-las mediante reclamação”,¹⁶ uma vez que não são adotadas para o processo arbitral as mesmas consequências procedimentais previstas no CPC/15. Na visão da autora:

Não se confundem, portanto, o fato de o precedente ser norma e dever ser ponderado e aplicado pelo árbitro (o que diz respeito, a rigor, à teoria do direito), e as consequências procedimentais decorrentes da aplicação (judicial) do precedente (tema afeto ao direito processual civil).¹⁷.

Em nossa opinião, os árbitros devem sim observar os precedentes e fundamentar suas decisões – o artigo 489, VI, do CPC/15 apenas explicitou o dever de fundamentação já previsto na Constituição Federal (art. 93, IX), à luz do art. 26, II, da Lei de Arbitragem.

Vale lembrar que a arbitragem envolvendo a Administração Pública será sempre de direito, na forma do art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem. E, como já destacado, os precedentes são fontes de direito.

Porém, isso não impede as partes de pactuarem na convenção de arbitragem, com base na autonomia da vontade, que a decisão arbitral não precisa seguir os precedentes judiciais¹⁸. Como visto, o princípio nuclear

no âmbito do processo judicial, pois é para ele que aquelas regras foram concebidas, é na estrutura de uma estrutura judiciária que certos temas podem ter aplicação”. APRIGLIANO, 2016, p. 262.

15 TEMER, 2018, p. 283-297.

16 Em sentido contrário FONSECA, 2005, p. 59.

17 TEMER, 2018, p. 286.

18 De acordo com Fabio Campista, “admitindo-se, apenas para argumentar, que precedentes judiciais vinculariam os árbitros, mesmo nessa hipótese as partes poderiam afastar o efeito vinculante previsto no artigo 927 do Código de Processo Civil. Isso porque, conforme destaca Antonio do Passo Cabral, nada no texto constitucional atribui reserva de lei para a norma processual, admitindo-se regras costumeiras ou negociais como fontes, razão pela qual a lei deve ceder em favor do contrato e do acordo entre as partes como instrumentos de produção normativa, haja vista tratar-se de uma forma de autorregulação diversa da lei, porém autorizada pelo ordenamento jurídico.” CAMPISTA, 2018, p. 117.

da arbitragem é a autonomia da vontade, o que garante maior liberdade aos envolvidos e ampla flexibilidade ao procedimento.

Quanto ao cabimento da ação anulatória do art. 33, entendemos que se for o caso de arbitragem internacional¹⁹ ou por equidade, a questão é simples e a resposta é não.

Contudo, em se tratando de arbitragem de direito, é preciso separar as situações.

Se o árbitro ignorar solememente o precedente judicial, nem sequer dialogando com ele, mesmo provocado por embargos arbitrais ou pedido de esclarecimento, será possível a propositura da referida demanda, seja por violação ao dever de fundamentação, seja por violação à própria convenção de arbitragem.

Todavia, se o árbitro reconhecer o precedente judicial, mas deixar de aplicá-lo, de forma fundamentada, ou fizer a distinção, não será cabível a ação anulatória, pois, como visto, não cabe ao Judiciário controlar o mérito da sentença arbitral.

Por outro lado, se as partes convencionarem expressamente que os árbitros não estão obrigados a seguir os precedentes judiciais,²⁰ deve prevalecer a autonomia da vontade, retirando-se, assim, a base para a ação anulatória²¹, uma vez que a delimitação consensual específica esvaziaria eventual víncio.

19 FERREIRA; FARIA, 2018, p. 171-209. A exceção seria se as partes, no caso de uma arbitragem internacional, tivessem elegido a lei brasileira.

20 Não se pode perder de vista que, assim como as leis, os precedentes judiciais não são imutáveis e podem ser revistos a qualquer tempo – inclusive no curso de uma ação judicial –, o que demonstra que eventual convenção das partes no sentido de autorizar o árbitro a não seguir o precedente não constitui, por si só, uma aberração. Para Guilherme Rizzo Amaral, as partes podem muito bem optar por “expressamente excluir, no compromisso arbitral, a aplicação de precedentes.” AMARAL, 2017. Acesso em: 10.05.2019. Ainda nesse ponto, assinala Leonardo Greco: “não há automaticamente violação da ordem pública pela violação de precedentes, porque mesmo entre os considerados vinculantes, pode haver muitos que tratem de matéria plenamente disponível.” GRECO, 2018, p. 14.

21 É o que defende Sofia Temer: “há que se lembrar que não raras vezes a arbitragem se debruça sobre controvérsias relativas a negócios complexos, muito específicos, inclusive a partir de contratos com nível alto de detalhamento, a praticamente dispensar a aplicação da lei. Nos contratos auto regulatórios ou ‘contracts sans droit’, não raro são afastadas as consequências regulares previstas em lei, o que implicaria em resultado similar ao previsto acima, quanto à negação dos precedentes. Parece-nos viável, nesse contexto, que as partes utilizem-se do art. 2º, §1º, da Lei de Arbitragem, para calibrar a aplicação do direito no que tange aos precedentes judiciais.” TEMER, 2018, p. 295.

Restaria apenas analisar se uma convenção de arbitragem dessa natureza violaria a “ordem pública” (“Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.” – art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem)²².

Apesar da fluidez do conceito²³, pensamos que não.

Até porque, se o sistema não prevê o cabimento de ação anulatória em caso de má interpretação da lei, também não deve caber em caso de “desrespeito” ao precedente judicial (caso contrário, dar-se-ia maior importância ao precedente do que à lei).

Além disso, deve ser incentivada uma cultura de “intervenção judicial mínima” na arbitragem, tema, aliás, que será abordado no próximo item, sob pena de transformar o ente estatal em instância revisora dos procedimentos arbitrais e eliminar a potencialidade desse método de resolução de conflitos.

2 O DESENVOLVIMENTO DE UMA CULTURA DE INTERVENÇÃO JUDICIAL MÍNIMA NA ARBITRAGEM

Como visto, a questão da vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais é tormentosa e, até que a matéria seja pacificada pelas Cortes Superiores, haverá inegável insegurança jurídica.

A celeuma traz a reboque a preocupação acerca do possível controle do mérito arbitral pelo Judiciário. Como sustentamos no item anterior, somente em situações específicas seria cabível a ação anulatória.

²² Aliás, sobre a propositura de ação anulatória em razão da violação da ordem pública, a questão é controvérida. Humberto Santarosa, por exemplo, entende que “a ordem pública é sim condição de validade de toda e qualquer sentença arbitral, servindo de justificativa para sua anulação, independentemente de constar no rol previsto no art. 32, da Lei 9.307/96.” SANTAROSA, 2018, p. 171. Em nossa opinião, as hipóteses para a invalidação da sentença arbitral são taxativas. Nesse compasso, a invocação da violação à ordem pública poderia alargar sobremaneira as situações previstas expressamente pelo legislador, funcionando como drible hermenêutico para permitir que o Judiciário se imiscua no mérito da sentença arbitral.

²³ “Sobre o verdadeiro conceito da ordem pública, ainda não se chegou a um acordo em doutrina. Nem se chegará, dada a diversidade de orientações dos muitos escritores que do assunto se têm ocupado. Sobre o que não pode haver dúvida é que o conceito da ordem pública está vinculado ao interesse geral da sociedade, em oposição ao interesse individual. Por isso mesmo, parece que no conceito da ordem pública deve ser abrangido tudo aquilo que, pelo seu fundamento, repousa em concepções consideradas pelo legislador como essenciais à manutenção da sociedade, à sua boa ordem, à sua defesa, à sua moral”. SANTOS, 1963, p. 200.

Controvérsias à parte, a ideia é enfocar neste item a necessidade de desenvolvimento de uma cultura de intervenção judicial mínima na arbitragem. Aliás, foi exatamente essa a intenção do legislador infraconstitucional quando aboliu a necessidade de homologação da sentença arbitral.

Considerando que o exercício jurisdicional não é exclusivo do Poder Judiciário²⁴, é fundamental que haja uma equilibrada simbiose na relação entre Judiciário e Juízo Arbitral.

Com efeito, em que pese a flexibilidade e a maior autonomia da vontade no procedimento arbitral, a arbitragem é um meio adjudicatório que compõe um sistema único de jurisdição²⁵, cuja engrenagem, evidentemente, não pode funcionar de forma desbalanceada e desarmoniosa.

De um lado, não pode o Judiciário intervir de forma arbitrária no procedimento arbitral, mas, de outro, não pode permitir ilegalidades²⁶ e violação às garantias fundamentais.

Como destaca Bruno Takahashi²⁷, espera-se que o Judiciário exerça seu papel de conciliador interinstitucional.

Assim, cabe ao Judiciário, por exemplo, respeitar o princípio competência-competência²⁸, se eximindo de apreciar conflitos quando houver convenção de arbitragem pactuada pelas partes (com exceção das

²⁴ “In definitiva, il principio del monopolio statuale della giurisdizione si è vistosamente sgretolato: la giurisdizione non è più esclusiva funzione dello Stato”. PICARDI, 2007, p. 53.

²⁵ PINHO, 2017.

²⁶ “A tendência internacional e que tem sido acompanhado pelo Poder Judiciário Brasileiro é a do controle efetivo, pautado nos corretos ditames da legalidade estrita, sem preconceitos individuais, sem cometimento de arbitrariedades.” PITOMBO, 2006, pp.108-109.

²⁷ TAKAHASHI, 2016, p. 188.

²⁸ “A sentença arbitral produz entre as partes envolvidas os mesmos efeitos da sentença judicial e, se condenatória, constitui título executivo. Além disso, tão somente após a sua superveniência é possível a atuação do Poder Judiciário para anulá-la, nos termos dos artigos 31, 32 e 33 da Lei n. 9.307/1996. [...] Consigne-se, além disso, que vige, na jurisdição privada, o princípio basilar do kompetenz-kompetenz, consagrado nos artigos 8º e 20 da Lei de Arbitragem, que estabelece ser o próprio árbitro quem decide, em prioridade com relação ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória. A partir dessa premissa, o juízo arbitral se revela o competente para analisar sua própria competência para a solução da controvérsia. Negar aplicação à convenção de arbitragem significa, em última análise, violar o princípio da autonomia da vontade das partes e a presunção de idoneidade da própria arbitragem, gerando insegurança jurídica.” REsp 1.550.260-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 20/03/2018.

questões urgentes) e extinguindo o processo sem resolução de mérito quando o árbitro já tiver reconhecido a sua competência (art. 485, VII, do CPC/15). Trata-se de entendimento, há muito, consolidado²⁹, mas que precisa ser sempre reafirmado.

Também não deve o Judiciário criar barreiras indevidas para o cumprimento de cartas arbitrais e revolver o mérito da sentença arbitral (ressalvadas as hipóteses da ação anulatória do art. 33 da Lei de Arbitragem).

Como bem destaca Cahali, “a convivência entre a jurisdição estatal e arbitral sempre foi e continuará sendo fundamental ao desenvolvimento da arbitragem.”³⁰.

Nesse sistema de checks and balances, a intervenção do Judiciário no procedimento arbitral só deve ocorrer diante de expressa previsão legal (ação judicial prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem para a celebração de compromisso arbitral; concessão de tutelas de urgência, na forma do art. 22-A; cumprimento de cartas arbitrais; execução de sentença arbitral; homologação de sentença arbitral estrangeira; ação anulatória do art. 33 da Lei nº 9.307/96, etc.), ou quando não violar diretamente a competência do árbitro e a jurisdição arbitral (por exemplo, ação de produção antecipada de prova junto ao ente estatal antes da instauração da arbitragem).

É preciso compreender que o sistema jurisdicional, embora único, possui funções complementares. Não há uma relação de concorrência, mas sim de complementariedade entre a arbitragem e o Judiciário. A rigor, também não há hierarquia ou qualquer tipo de subordinação, pois os poderes dos juízes e dos árbitros são distintos, assim como suas atribuições.

29 “É de se reconhecer a inobservância do art. 8º da Lei n. 9.307/1996, que confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da Komptenz Komptenz, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. STJ, CC 146.939/PA, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, DJe 30.11.2016.

30 Na visão do doutrinador, “esse regime de cooperação ou apoio aparece sob diversas formas, desde a ação para instituição da arbitragem através do compromisso arbitral (em razão de cláusula compromissória vazia – art. 7º da Lei 9.307/1996), até o processo de invalidação de sentença arbitral (interferência de controle e supervisão, não de apoio à arbitragem), passando pela indicação de árbitro substituto, homologação de sentença arbitral estrangeira, execução da sentença arbitral, e pela cooperação do Poder Judiciário ao desenvolvimento da arbitragem.” CAHALI, 2017, p. 311.

Nesse contexto, o ente estatal deve exercer o judicial self-restraint,³¹ valorizando, sempre que possível, a competência do árbitro, com a devida cooperação³², não adentrando, por outro lado, no mérito da sentença arbitral (salvo quando cabível a ação anulatória do art. 33 da Lei de Arbitragem), sob pena de esvaziar a potencialidade³³ desse importante método adequado de resolução de conflitos.

3 ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 É VÁLIDO O COMPROMISSO ARBITRAL CELEBRADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MESMO SEM PREVISÃO DE ARBITRAGEM NO EDITAL DE LICITAÇÃO?

Durante algum tempo, debateu-se a possibilidade do uso da arbitragem por entidades de direito público. Hoje a questão está superada (art. 1º, §§1º e 2º).

Com efeito, não faz mais sentido tratar os interesses da Administração Pública como sendo sempre indisponíveis.³⁴ Isso porque, o interesse público nem sempre se confunde com o interesse da Administração Pública e, muitas vezes, envolvem direitos plenamente disponíveis.³⁵³⁶

³¹ Como explica Victor Dutra, “a expressão judicial self-restraint foi preconizada pelo Chief Justice Stone, quando proferiu o seu voto dissidente no caso da *United States v. Butler*, em 1936. Trata-se do fenômeno da autocontenção judicial, que, embora não possua uma definição precisa e admite menos sentidos de conduta em relação ao ativismo judicial, também comporta diferentes significados.” DUTRA, 2018, p.132.

³² Para maior aprofundamento, ver o nosso MAZZOLA, 2017.

³³ Para Erika Napoleão, deve-se “assegurar o respeito às decisões arbitrais e manutenção de seu crescente prestígio, sem que isso implique na subtração de garantias fundamentais do indivíduo, que configurarão o norte dos limites da atuação judicial neste âmbito. Com efeito, a sistematização desse controle não só protege a jurisdição arbitral de interferências indevidas por parte do Judiciário, como também possibilita certa segurança àqueles que pretendem escolher esse meio alternativo de solução de conflitos; pois saberão prever e considerar as possibilidades passíveis de ocorrência.” RÉGO, 2018, p. 71.

³⁴ Enunciado nº 60 da Jornada de Prevenção e Solução de Conflitos: As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos.

³⁵ Enunciado nº 13 da Jornada de Prevenção e Solução de Conflitos: Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II – à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas.

³⁶ “Sempre que a Administração Pública contrata uma obra ou serviço, ela pratica atos de disposição de seu patrimônio, mediante o desembolso dos recursos públicos correspondentes. É igualmente quando se dá quando o Poder Público promove o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato, ou quando realiza uma desapropriação amigável, pela via administrativa.” SCHMIDT, 2018, p. 54. Em sentido semelhante,

Especificamente no âmbito da Administração Pública, muitos diplomas legais já autorizam expressamente arbitragem.³⁷

Sob esse prisma, cabe a indagação: é válido o compromisso arbitral celebrado pela Administração Pública, mesmo não existindo no respectivo Edital a previsão da arbitragem?

Pensamos que sim, à luz do princípio da consensualidade administrativa. Sem dúvida, cabe ao Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º do CPC/15) e estimular os métodos adequados de resolução de conflitos. Nesse contexto, eventuais formalidades devem ser relativizadas, quando possível, em nome da própria eficiência administrativa.

A discussão é objeto de um enunciado do FPPC³⁸ e já foi enfrentada algumas vezes pelo STJ³⁹.

Pela mesma razão, não vemos problema na celebração de compromisso arbitral, mesmo que o respectivo contrato administrativo não preveja a opção pela via arbitral.⁴⁰

3.2 QUAIS OS LIMITES DA PUBLICIDADE NAS ARBITRAGENS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

De acordo com o artigo 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem, a arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o

³⁷ o entendimento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira: “Quanto à arbitrabilidade objetiva, as questões submetidas à arbitragem devem envolver direitos patrimoniais disponíveis. Trata-se, a nosso ver, de assunto inerente às contratações administrativas, uma vez que o contrato é o instrumento que encerra a disposição, pela Administração, da melhor forma de atender o interesse público. Destarte, as questões que podem ser objeto da contratação administrativa são, em princípio, disponíveis, passíveis de submissão à arbitragem.” OLIVEIRA, 2015, pp. 69-70.

³⁸ Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Comunicação); Lei nº 9.478/97 (Lei de Petróleo e Gás); c) Lei nº 10.233/2001 (Transportes Aquaviários e Terrestres); Lei nº 10.438/2002 (que dispõe sobre Energia Elétrica); Lei nº 10.848/2004 (que disciplina a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE); Lei nº 11.079/2004 (Parceria Público-Privada – PPP); Lei nº 11.196/2005, que alterou a Lei nº 8.987/95 – Lei das Concessões); Lei nº 11.668/2008 (Lei de Franquias Postais); Lei nº 11.909/2009 (Transporte de Gás Natural)

³⁹ Enunciado FPPC nº 571 - A previsão no edital de licitação não é pressuposto para que a Administração Pública e o contratado celebrem convenção arbitral. Vide também OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. 7. ed. São Paulo: Método, 2018, pp. 298-30.

⁴⁰ STJ, REsp 904.813/PR, Min. Rel. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 28.02.2012.

Enunciado nº 2 da I Jornada de Prevenção e Solução de Conflitos: Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral.

princípio da publicidade (art. 37 da CF)⁴¹. Faz todo sentido, uma vez que a publicidade, nessa espécie de arbitragem, está diretamente relacionada ao princípio democrático, que viabiliza o controle social sobre os atos políticos.

Mas seria essa publicidade é absoluta⁴²? A resposta é negativa.⁴³

Em caráter excepcional⁴⁴, poderá o procedimento observar a regra da confidencialidade. Concordamos com Gustavo Schmidt⁴⁵ quando afirma que o sigilo poderá ser deferido pelo tribunal arbitral quando:

- i) Por força da existência no processo de documentos, informações ou dados que possam colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado;
- ii) Quando a divulgação da informação, ou da matéria objeto de litígio, puder importar em ofensa a direitos individuais da parte privada; e
- iii) Quando a publicidade colocar em risco o direito de terceiros.

Tais ressalvas, de certo modo, estão em linhas com as hipóteses previstas nos artigos 23 e 24 da Lei de Acesso a Informação (Lei nº

⁴¹ “Em outras palavras, independentemente do dever estatal de dar publicidade aos seus atos, imposição esta que recai sobre o Estado, por força do art. 37 da Constituição de 1988, a lei exige que o próprio procedimento arbitral seja público. É ao menos a exegese que se extrai, em caráter preliminar, da letra da lei.” SCHMIDT, 2018, pp. 60-61.

⁴² Sobre o tema, Andre Roque destaca que, no caso de “arbitragens envolvendo interesses estatais, a incidência dos princípios da transparência e da publicidade não permitirá o sigilo absoluto. Nesse caso, restam duas alternativas: ou as partes afastam completamente a confidencialidade do procedimento arbitral ou estipulam uma forma de sigilo parcial, em que se permite o acesso dos interessados ao conteúdo da decisão dos árbitros”. Na visão do doutrinador, dessa maneira preservar-se-ia a confidencialidade não apenas dos documentos que instruirão o processo na arbitragem, mas também das informações trazidas pelas partes cuja revelação seja capaz de causar dano ao particular que contratou o Estado. ROQUE, 2018: 13.05.2019.

⁴³ Enunciado nº 15 FPPC (art. 189): As arbitragens que envolvem a Administração Pública respeitarão o princípio da publicidade, observadas as exceções legais (vide art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, com a redação da Lei n. 13.129/2015).

⁴⁴ Enunciado nº 4 da I Jornada de Prevenção e Solução de Conflitos: Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro.

⁴⁵ SCHMIDT, 2016, p. 193.

12.527/11)⁴⁶, não se podendo olvidar, ainda, das próprias disposições constitucionais.

3.3 A ESCOLHA DO ÁRBITRO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EXIGE LICITAÇÃO?

A questão ainda não foi pacificada pelos tribunais, mas entendemos que a contratação de Câmaras ou Instituições para a operacionalização da arbitragem está inserida dentro das modalidades previstas no artigo 25 da Lei nº 8.666/96.

Trata-se da inexigibilidade de licitação, que torna a competição inviável⁴⁷.

A propósito, o Decreto nº 8.465/2015, que regulamenta a arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário, em seu artigo 7º, § 3º, determina que a escolha de árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo ser observadas as normas pertinentes, desde que se trate de empresa de notória especialidade, cujo conceito no campo de sua especialidade – decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades –, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato, conforme determina o §1º do artigo 25, da Lei nº 8.666/96.

Registre-se que esse mesmo Decreto, no artigo 4º, §2º, define alguns critérios para a escolha da instituição arbitral:

- i) Ter sede no Brasil;
- ii) Estar regularmente constituída há pelo menos três anos;
- iii) Estar em regular funcionamento como instituição arbitral;

⁴⁶ “As informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, por sua vez, só poderão permanecer em segredo de justiça se classificadas como ultrassecretas, secretas ou reservadas, nos termos e na forma dos arts. 23 e 24 da Lei 12.527/2011. Não é papel do Tribunal Arbitral, evidentemente, classificar como sigilosos, ou não, os documentos trazidos pelo Poder Público ao procedimento arbitral. Não há, neste particular, qualquer margem de discricionariedade para o árbitro. Caso a informação tenha sido classificada como sigilosa pelo Estado, conforme o procedimento estatuído pela Lei de Acesso à Informação, deverá o Tribunal Arbitral decretar o segredo de justiça ou, ao menos, preservar o sigilo da informação. Do contrário, prevalecerá o princípio da publicidade.” SCHMIDT, 2018, pp. 64-65.

⁴⁷ OLIVEIRA, 2018, pp. 303-305.

iv) Ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimento arbitrais⁴⁸.

Sem dúvida, a ideia de se estabelecer requisitos mínimos para orientar o administrador traz segurança e previsibilidade para o particular que contrata com a Administração Pública, além de impedir a escolha arbitrária da Instituição e eventual abuso de poder.

É interessante a ideia de um credenciamento prévio das câmaras junto à Administração Pública⁴⁹.

4 CONCLUSÃO

Como demonstrado, o amadurecimento da arbitragem desperta novas dúvidas e questionamentos.

Neste artigo, analisamos a vinculação dos árbitros aos precedentes, bem como algumas questões controvertidas no âmbito da arbitragem envolvendo a Administração Pública.

Muitos outros assuntos poderiam ter sido explorados, como, por exemplo, o cabimento da ação anulatória em casos de violação ao contraditório (ábitro que decide com base em fundamento acerca do qual não deu a oportunidade da parte se manifestar), mas, em razão das limitações editoriais, não tivemos como desenvolvê-los.

Aliás, outra questão tormentosa – e que certamente será explorado em outra oportunidade – envolve o conceito de ordem pública para fins de homologação da sentença arbitral estrangeira. Nesse particular, vale registrar, ainda que rapidamente, o caso Abengoa (ainda não transitado em julgado), em que o STJ deixou de homologar duas sentenças arbitrais estrangeiras, por entender, essencialmente, que ofende a ordem pública

⁴⁸ SCHIMIDT, 2016, p. 202. Em obra posterior, o autor assim se manifesta: “É indispensável que se exija da entidade a comprovação de prévia e efetiva experiência na gestão de procedimentos arbitrais. Fundamental, também, é que a instituição arbitral possua a infraestrutura necessária para a gestão de procedimentos arbitrais, como sala de audiência com a tecnologia necessária e salas de apoio para testemunhas e peritos. Não há espaço aqui para aventureiros e nem principiantes. A dimensão econômica dos litígios que desaguam em uma arbitragem e o interesse público envolvido nas causas que envolvem a Administração Pública não permitem que se coloque em risco o bom e regular andamento do procedimento arbitral, com a escolha de uma entidade incapaz de prestar os serviços correlatos.” SCHIMIDT, 2018, p. 71.

⁴⁹ O artigo 14 do Decreto nº 46.245/18 (que regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades), prevê, por exemplo, a possibilidade de “cadastramento” do órgão institucional arbitral.

nacional “a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996)”⁵⁰.

De acordo com a Corte Especial, “dada a natureza contratual da arbitragem, que põe em relevo a confiança fiduciial entre as partes e a figura do árbitro, a violação por este do dever de revelação de quaisquer circunstâncias passíveis de, razoavelmente, gerar dúvida sobre sua imparcialidade e independência, obsta a homologação da sentença arbitral.”⁵¹.

Em seu voto, que acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro João Otávio de Noronha, a Ministra Nancy Andrighi foi incisiva: “Conhecido brocardo diz que à mulher de César não basta ser honesta, tem de parecer honesta. Parafraseando-o, poderíamos dizer que ao juiz não basta ser imparcial, tem de parecer imparcial.”

Como se vê, a discussão sobre a imparcialidade do árbitro foi tratada dentro do contexto da “ordem pública nacional” (art. 39, II, da Lei de Arbitragem), o que, todavia, desperta alguma inquietude, uma vez que os requisitos para a configuração da imparcialidade no país estrangeiro podem ser diferentes dos standards nacionais. Com isso, acaba-se, na prática, sob o manto da “ordem pública nacional”, tropicalizando-se um conceito transnacional e, por via reflexa, imiscuindo-se no mérito da sentença arbitral.

A questão se agrava porque tanto o Tribunal Arbitral quanto o Judiciário estrangeiro já haviam enfrentado a questão da imparcialidade e entenderam que o vício não estaria configurado. Em breve, a matéria, se não esbarrar nos óbices de admissibilidade, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (ARE 1136287, atualmente sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso).

⁵⁰ SEC 9412/EX, Rel. Min. Felix Fischer. Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 30/05/2017.

⁵¹ O Ministro Relator Felix Fischer votava no sentido de homologar as sentenças arbitrais estrangeiras, mas ficou vencido. Na sua visão, a discussão em torno da imparcialidade ou não do árbitro, ainda mais quando a matéria já havia sido examinada pelo Tribunal Arbitral e pelo Judiciário local, refoge aos estreitos perímetros do juízo de deliberação do STJ. De acordo com os autos, a discussão envolvia a alegada parcialidade do Juiz Presidente do Tribunal Arbitral, uma vez que este seria “sócio sênior de banca de advocacia que teria representado as empresas requerentes em diversas causas”.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration: are Arbitrators Bound by Judicial Precedent?* London: Wildy, Simmonds & Hill, 2017.

_____. *Vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-03/guilherme-amaral-vinculacao-arbitros-aos-precedentes-judiciais>>. Acesso em: 10 maio 2019.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e Arbitragem no novo Código de Processo Civil. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Resende (Coords.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e Resolução CNJ 125/10*. 6. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAMPISTA, Fabio Farias. Precedentes judiciais, arbitragem, princípio da autonomia da vontade das partes e a (não) vinculação dos árbitros. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto Pinho Bernardino de. (Orgs.) *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>>. Acesso em: 11 maio 2019.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Os árbitros não são estouvados! (sobre as jornadas de Direito Processual Civil)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-28/paradoxo-corte-arbitros-nao-sao-estouvados-jornadas-direito-processual-civil>>. Acesso em: 11 maio 2019.

DUTRA, Victor Barbosa. *Precedentes vinculantes – contraditório efetivo e técnicas repetitivas*. Belo Horizonte: D'Placido, 2018.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Vinculação do árbitro aos precedentes judiciais após a vigência do CPC/2015. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/412259718/vinculacao-do-arbitro-aos-precedentes-judiciais-apos-a-vigencia-do-cpc-2015>>. Acesso em: 12 maio 2019.

FERREIRA, Daniel Brantes; FARIAS, Bianca Oliveira de. A arbitragem e o precedente arbitral e judicial - uma análise histórica e comparativa entre Brasil e EUA. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 102, p. 171-209, 2018.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. *Revista de Mediação e Arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, jul./set. 2005, p. 40-74.

GRECO, Leonardo. Controle jurisdicional da arbitragem. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto Pinho Bernardina de (Orgs.). *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BARIONI, Rodrigo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A causa de pedir das ações anulatórias de sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 46/2015.

MAZZOLA, Marcelo. *Tutela Jurisdicional Colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. CRV: Curitiba, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, out./dez. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018.

PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação*. Curitiba: CRV, 2017.

PITOMBO, Eleonora Coelho. Arbitragem e o Poder Judiciário: aspectos relevantes. In: GUILHERME, Luiz Fernando (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RÉGO, Erika Napoleão do. Impugnação das sentenças parciais e decisões interlocutórias do juízo arbitral perante o poder judiciário – possibilidades e limites. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Orgs.) *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando Fonseca. *A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial?* Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/sentenca-arbitral-deve-seguir-o-precedente-judicial-novo-cpc-07112016>>. Acesso em: 13 maio 2019.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *A arbitragem envolvendo entes estatais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab7a710458b8378b>>. Acesso em: 13 maio 2019.

SANTAROSA, Humberto. *Arbitragem, Estado de Direito e Precedente – a integridade da ordem jurídica como fundamento de vinculação do árbitro às decisões dos tribunais superiores*. Texto gentilmente cedido pelo autor e ainda inédito.

SANTAROSA, Humberto. Anulação da sentença arbitral nacional por violação da ordem pública. In: CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, HUMBERTO (Orgs.). *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

SANTOS, João Manoel Carvalho de. *Código Civil Interpretado*. v. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

SCHIMIDT, Gustavo da Rocha. “Reflexões sobre a arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública (arbitralidade, legalidade, publicidade e a necessária regulamentação)”. *Revista de Direito da associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, v. XXVI. Rio de Janeiro: APERJ, 2016.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2018.

TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

TEMER, Sofia. Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. In: CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, HUMBERTO (Orgs.). *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

YARSHELL, Flávio. Ainda sobre o caráter subsidiário do controle jurisdicional estatal da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50/2016, jul.set. 2016.

RECEBIDO EM: 11/01/2018
APROVADO EM: 26/04/2018

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UM MECANISMO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

***THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS:
A MECHANISM OF THE NEW LATIN AMERICAN
CONSTITUTIONALISM***

Celso Eduardo Santos de Melo

Doutor e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP. Tem experiência na área jurídica em docência e advocacia, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: obrigações tributárias; hermenêutica jurídica; direito e internet; Direito Humanos; Teoria do Estado e direitos fundamentais.

Walenberg Rodrigues Lima

Mestrando em Direito Público pela UFBA (2018.2)- na linha de Estado Democrático de Direito e Acesso à Justiça. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Unidades no ano de 2010. Advogado, com foco específico, na área pública.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Novo Constitucionalismo Latino-American: Novas Experiências Constitucionais; 2 O Estado de coisas Inconstitucional: Origens, Conceito, Requisitos e Desenvolvimento da

Jurisprudência; 3 O Estado de Coisas Inconstitucional, Giro Decolonial e as Epistemologias do Sul; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar o fenômeno do estado de coisas inconstitucional, perpassando pela origem, características, requisitos e aplicação dentro dos países da América Latina. Esse novo mecanismo de controle de constitucionalidade amplia o papel das cortes constitucionais¹ para além da mera declaração de incompatibilidade da norma para com a lei fundamental, posto que incide sobre uma falha ou omissão de matiz estrutural do Estado, que de forma massiva vilipendia os direitos fundamentais e humanos da coletividade. Ademais, analisar-se-á o contexto brasileiro quanto à aplicação desse mecanismo de índole constitucional, em especial, as perspectivas de uma evolução jurisprudencial no STF quando do julgamento de mérito da ADPF nº 347. Por fim, buscar-se-á demonstrar que para além da densificação do princípio da colaboração harmônica, e portanto, de uma ressignificação do ideal da separação dos poderes, o estado de coisas inconstitucional desempenha um papel ativo na consolidação de um novo constitucionalismo latino-americano, marcado pela ruptura com o colonialismo epistemológico tradicional, e preocupado, sobretudo, com a resolução dos problemas latino-americanos a partir de um viés que considere a história, culturas e particularidades dos povos latinos, enfim, a partir, de um pensar decolonial e próprio latino-americano. Para isso, utilizou-se do método de pesquisa qualitativa e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Coisas Inconstitucional. Controle de Constitucionalidade. Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Colonialismo. Decolonial.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the phenomenon of the unconstitutional state of affairs, going through the origin, characteristics, requirements and application within the countries of Latin America. This new mechanism of constitutional control expands the role of constitutional courts beyond the mere declaration of incompatibility of the norm with the fundamental law, since it focuses on a failure or omission of the structural nuance of the state, which in a massive way vilifies fundamental rights and humans of the collectivity. In addition, the Brazilian context regarding the application of this mechanism of a constitutional nature, in particular, the perspectives of a jurisprudential evolution in the STF will

1 O termo “cortes constitucionais” não foi usado neste trabalho em seu sentido estrito, já que o STF não pode ser considerado como tribunal constitucional, apesar de ter como função o controle de constitucionalidade das normas.

be analyzed in the merits judgment of the ADPF nº 347. Finally, it will be tried to demonstrate that in addition to the densification of the principle of harmonious collaboration, and thus a re-signification of the ideal of separation of powers, the unconstitutional state of affairs plays an active role in the consolidation of a new Latin American constitutionalism marked by the break with epistemological colonialism traditional and preoccupied, above all, with the resolution of Latin American problems based on a bias that considers the history, cultures and particularities of the Latin peoples, starting from a decolonial and Latin American thinking. For this, we used the method of qualitative and bibliographic research.

KEYWORDS: Unconstitutional State of Affairs. Constitutionality Control. New Latin American Constitutionalism. Colonialism. Decolonialism.

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo, dentre algumas concepções, tem sido conceituado como um movimento político e social, cuja origem é atribuída à vontade dos governados que desejavam limitar os poderes do governante, e com isso garantir os seus direitos. Nesse sentido, o entendimento de Loewenstein², para quem o constitucionalismo seria a busca do homem político pela limitação do poder absoluto que era exercido pelos detentores do poder.

Conforme se nota ao se estudar o constitucionalismo, se percebe desde logo que as suas características foram influenciadas pelo contexto político de cada época. Assim, tem-se o denominado constitucionalismo antigo, marcado pela forte influência da teocracia e pela ideia do divino. Há também o constitucionalismo moderno, marcado pela ideia de elaboração escrita do texto constitucional, e cujos exemplos mais marcantes são as constituições dos EUA (1787) e a da França (1791). Posteriormente, fala-se em constitucionalismo social, marcado pela ideia de que o Estado deveria agir de forma intervintiva no sentido de concretizar os direitos sociais do cidadão, como o lazer e o trabalho, fazendo cessar as grandes desigualdades sociais e econômicas que haviam sido criadas pelo liberalismo econômico.

Para Novelino³ as experiências históricas vividas com o nazismo e com a guerra, foram responsáveis pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo central do chamado constitucionalismo denominado contemporâneo.

² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986. p. 150.

³ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 52.

Por fim, se tem falado atualmente em um novo constitucionalismo, ou neoconstitucionalismo, cujo marco teórico ou ideias principais seriam, segundo Luis Roberto Barroso⁴: a força normativa da constituição, a ampliação da jurisdição constitucional, e a ressignificação da hermenêutica constitucional, com a valorização da ideia dos princípios como norma jurídica vinculante.

Para além disso, na América Latina surge o denominado novo constitucionalismo latino americano, o qual segundo Dalmau⁵ tem início a partir da Constituição da Colômbia de 1991.

Segundo Teixeira⁶ o novo constitucionalismo latino americano apresenta novas possibilidades para pensar a organização do Estado. Raquel Fajardo⁷ traça um mapa de ciclos desse constitucionalismo, no qual apresenta o chamado Estado Plurinacional, cuja característica essencial, segundo a autora, é a inserção dos povos indígenas como protagonistas da refundação do próprio Estado, e como titulares de um amplo direito positivado.

Para Bragato⁸ o novo constitucionalismo latino-americano tem sido uma prática constitucional adotada em vários países do continente, e que tem representado algumas mudanças e rupturas com os modelos constitucionais europeu e norte americano que sempre foram modelos influenciadores nas elaborações das constituições desses países.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2017.

⁵ DALMAU, Ruben Martinez. Asembleas constituintes e o novo constitucionalismo en America Latina. In: *Tempo Exterior*, n. 17, p. 5-15, 2008, p.8. Disponível em: <http://www.igadi.org/te/pdf/te_se17_te29_17_005_ruben_martinez_dalmau.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2017.

⁶ TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direitos Fundamentais e Constituição: As respostas do Neoconstitucionalismo europeu e do Novo Constitucionalismo Latino-American. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-American*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.p. 49.

⁷ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Disponível em: <[http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010\[1\].pdf](http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010[1].pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2018.

⁸ BRAGATO, Fernanda Frizzo. *A colonialidade no Direito*. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-colonialidade-no-direito-por-fernanda-frizzo-bragato/>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

Segundo Streck e Oliveira⁹, aliás, o termo novo constitucionalismo latino-americano de fato merece o adjetivo, posto que apresenta diversas novidades, dentre elas o direito dos animais e os direitos da natureza.

Nesse contexto de ruptura com velhas epistemologias, eis que surge um mecanismo jurisprudencial denominado estado de coisas inconstitucional. Tal mecanismo tem origem no litígio estrutural, figura jurídica que surgiu nos EUA a partir dos anos cincuenta, quando do julgamento do caso *Brown Vs Board of Education* de maio de 1954, em um ambiente de disputa entre os defensores da *political question doctrine* e os defensores da *structural remedies*¹⁰. Também há precedentes em decisões da África do Sul e na Índia.

Na América Latina, coube à Corte constitucional da Colômbia, adotar pela primeira vez o ECI, no julgamento da Sentença de Unificação nº 559 de 1997, na qual a corte buscava solucionar omissões inconstitucionais e estruturais no sistema carcerário colombiano.¹¹

1 NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: NOVAS EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

Embora se considere que o novo constitucionalismo latino americano seja uma corrente doutrinária ainda em configuração, portanto, ainda em formação, há sim, elementos comuns que denotam a existência de uma verdadeira teoria da constituição, consoante afirmam Pastor e Dalmau¹².

A primeira característica dessa nova categoria doutrinária é o modo como se deu a elaboração das constituições, fruto de uma verdadeira assembleia constituinte exclusiva, com integrantes de movimentos sociais,

⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio Correia Souza de. Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p.131.

¹⁰ IGLESIAS, Edimer Leonardo Latorre et al. *Litigio Estructural en America Latina: Génesis y Tendencias del constitucionalismo progresista*. Bogotá: Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2015. p.36.

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional e Litigio estrutural*. 2015. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

¹² PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Ruben Martínez. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Fundamentos para una Construcción Doctrina*. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p.29.

um movimento democrático que buscou ampliar ao máximo a participação de todas as esferas da população.¹³

Outros aspectos também podem ser encontrados no novo constitucionalismo, tais como a originalidade, a amplitude, a complexidade e a rigidez.¹⁴ A começar pelo processo de elaboração do texto, o que se vê no constitucionalismo latino-americano é a existência de uma assembleia constituinte, com participação popular e de movimentos sociais.¹⁵ Outra característica marcante desse constitucionalismo é a sua originalidade, no tocante à consagração de direitos, a exemplo dos “*derechos de la naturaleza*” estabelecidos pelos art. 71 da Constituição do Equador de 2008¹⁶, numa perspectiva original, na qual a própria natureza ou *Pacha Mama* se coloca como o sujeito de direitos.¹⁷

A Constituição boliviana de 2009 traz também um pluralismo jurídico, estabelecendo a criação de uma justiça indígena que esteja em pé de igualdade com a justiça ordinária e sem subordinação a esta (art. 179 da constituição boliviana¹⁸). O estado boliviano assume ainda um novo perfil, deixando de ser o Estado Nacional para ser um Estado Plurinacional, no qual todas as vozes dos povos da nação são ouvidas.¹⁹

Ainda nesse sentido, cabe dizer que também a Colômbia reconhece no plano constitucional a existência de uma Justiça indígena, também denominada de jurisdição especial, que assim como nos modelos equatoriano e boliviano, será exercida dentro do território indígena originário, respeitando-se sempre os dispositivos constitucionais, prevendo-se ainda que a lei estabelecerá formas e mecanismos de coordenação entre a justiça

13 PASTOR; DALMAU, op. cit., p. 33.

14 Ibidem.p.37

15 Ibidem.p.33.

16 Art. 71.-La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. [..]

17 STRECK, op. cit., p. 132.

18 Artículo 179. [..] II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía

19 SANTOS, Boaventura de Sousa. 2007 “*La reinvenCIÓN del Estado y el Estado plurinacional*” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO Ano VIII, N°. 22, septiembre. Disponible em:<<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

especial e o sistema judicial nacional. (Artigo 246 da constituição da Colômbia²⁰).

O novo constitucionalismo latino-americano valoriza também a chamada interculturalidade²¹, a qual é um instrumento de convivência harmônica entre os diversos povos e culturas, de modo que sejam respeitadas as diferenças e também seja garantida igualdade de condições. A interculturalidade inclusive serve de parâmetro para a aplicação das decisões judiciais, de modo que podem ser apontados alguns casos em que as cortes constitucionais ao serem consultadas por juízes de instâncias inferiores, determinam que no julgamento se adote o critério da interculturalidade. Trata-se enfim, como bem salienta Walsh²² de um princípio ideológico, cuja origem não se deu no ambiente acadêmico, sendo fruto de um movimento étnico-social, especialmente indígena, produzido longe dos centros globais do conhecimento, ou seja, do Norte Global, e denominado pela autora de conhecimento outro.

Exemplo disso é o caso *Waorani* no Equador, caso esse julgado pela Corte Constitucional daquele país em 6 de Agosto do ano de 2014, no qual se discutia a aplicação do artigo 441 do Código Penal para o suposto genocídio que havia sido praticado pela comunidade indígena *Waorani* contra indígenas *Taromenani*, matança essa ocorrida no ano de 2013. O juiz de Garantias Constitucionais de *Orellana* resolveu consultar a Corte Constitucional, sobre a aplicação do artigo 441 do Código Penal do Equador²³, que descreve como crime o fato de quem com o propósito de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, ocasionar a morte de membros de uma comunidade indígena.

²⁰ Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

²¹ Artculo 98 I. [...] La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones.

²² WALSH, Catherine. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramon (Coords.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. p.47.

²³ Art. ...- Quien, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado: 1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años. [...]

Para a Corte Constitucional do Equador, ao aplicar o artigo 441 do referido código, o juiz teria que trazer argumentos afim de se verificar se o fato, no caso concreto, se enquadrava ou não na Convenção para Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, e ademais, e mais importante, aplicar medidas e análises antropológicas e sociológicas para garantir que o processo fosse sustentado em uma perspectiva intercultural.²⁴

Segundo Teixeira²⁵ o novo constitucionalismo latino-americano busca romper com a pretensão de universalidade epistêmica consagrada pela modernidade. Ainda segundo o autor, o novo constitucionalismo latino-americano nasce a partir das experiências constitucionais de países da América Latina, que passam a rever as pautas consolidadas e sedimentadas pelo constitucionalismo europeu tradicional no âmbito da região, apresentando-se novos olhares sobre os direitos fundamentais e sobre a organização do próprio Estado.²⁶

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ORIGENS, CONCEITO, REQUISITOS E DESENVOLVIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

Na América Latina, o estado de coisas inconstitucional é um mecanismo que fora adotado, pela primeira vez, pela jurisprudência da corte colombiana, não sendo, portanto, um instrumento que estivesse previsto de forma direta ou explícita na constituição daquele país. Pode se dizer, no entanto, que decorre de uma interpretação teleológica do artigo 113 da Constituição colombiana²⁷, ao estabelecer que os poderes estatais devem ser independentes, mas além, disso, harmônicos, harmonia esta que não se quebra diante da necessidade de colaboração dos poderes, dirigida para o fim maior de efetivar os direitos fundamentais constitucionais.

²⁴ S N° 004-14-SCN-CC no CASO N° 0072-14-CN, julgado em 06 de agosto de 2014, e extraído do site da Corte Constitucional del Ecuador no link: <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0072-14-CN.pdf>>.

²⁵ TEIXEIRA, op. cit., p.47.

²⁶ Ibidem, p.47

²⁷ Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Segundo Contreras *et al*²⁸ trata-se de um mecanismo de controle de constitucionalidade, cujo precedente remonta à discussão entre os defensores da *structural remedies* com os defensores da *political questions doctrine*²⁹ nos EUA. Embora também existam alguns precedentes de sua aplicação em casos julgados na Índia e na África do Sul, tem sido a Colômbia o país no qual o mecanismo tem apresentado o seu maior grau de aplicação, eficácia e sistematização teórica. Segundo Garavito³⁰ trata-se de um mecanismo de natureza excepcional, cuja função é promover a solução de violações massivas a direitos humanos, tendo uma duração finita, assim como é caso do estado de exceção constitucional. No ECI (Estado de Coisas Inconstitucional) declara-se uma inconstitucionalidade de matiz estrutural, decorrente da conduta reiterada de diversas autoridades do Estado, que por meio de ações e ou omissões acabam por vilipendiar direitos fundamentais da coletividade.

Ainda que não consolidados e, portanto, em fase de construção jurisprudencial, os requisitos para a declaração do ECI têm sido apontados pela Corte colombiana³¹. Dentre outros, os principais requisitos até agora apontados são: conjunto de ações e ou omissões praticadas de forma reiterada por mais de uma autoridade; que tais ações afrontem os direitos fundamentais da coletividade; a existência de um problema social que demande medidas administrativas, legislativas e executivas; e o provável abarrotamento do Judiciário, frente ao volume no ajuizamento de ações semelhantes.

28 CONTRERAS, Edgar Hernán Fuentes; LÓPEZ, Beatriz Eugenia Suárez; VILLEGAS, Adriana Rincón. *Facticidad y Constitución: La Doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina*. Athenas, Brasil, v. I, n. 2, 2012.

29 A doutrina do political structural remedies considera que ao Estado-juiz não é dado a legitimidade para intervir em decisões que sejam de competência exclusiva dos poderes Executivo e Legislativo, de modo que cabe ao juiz constitucional aplicar os direitos fundamentais apenas em sua dimensão subjetiva, ao contrário do structural remedies que considera a existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais quando da resolução de problemas que se considerem como falhas estruturais. (Contreras *et al.*, 2010, p. 4 e 5). Nos EUA, diversos casos podem ser apontados como exemplos do que se denomina structural remedies, entre eles, o caso *Brown v. Board of Education* (1954), no qual se discutia a questão racial. Para Souto (2015, p. 76) esse caso marca o surgimento, no mundo, do que se denomina ativismo judicial, inaugurado pela Suprema Corte americana.

30 GARAVITO, César Rodríguez. *Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional*. (Artículo preparado para publicación en césar Rodríguez Garavito, ed. 2009. *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Universidad de los andes).

31 ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; CABRAL, Márcio Alexandre Diniz. *O Estado de Coisas Inconstitucional: Da Colômbia ao Brasil*. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-American*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 189.

Fora adotado pela primeira vez pela corte colombiana no caso da Sentencia nº 559-97, caso em que se discutia a problemática da retenção de benefícios previdenciários pelos governos territoriais, a um grupo de professores. Para Araújo e Cabral³² a Sentença nº T-153 de 1998, embora não seja considerada um *leading case*, fora um dos casos mais relevantes julgados pela corte colombiana, em que se discutia a problemática das penitenciárias do país, cujo sistema carcerário estava um caos, devido principalmente a problemas com superlotação das cadeias de todo o país. Segundo Araújo e Cabral³³ a decisão da corte na Sentença T-153 não teve muita eficácia em razão de a mesma não ter fiscalizado sua decisão, sendo que grande parte dos órgãos aos quais foram dirigidas ordens ou comandos de fazer, não realizaram as determinações judiciais, em razão de as considerar, em grande parte, como excessivamente rígidas e inexequíveis.

Apenas com a Sentencia nº T 025-2004, no caso do *desplazamiento forzado*³⁴, é que a jurisprudência da corte colombiana evoluiu, de modo que passou a corte a adotar uma postura de dialogicidade com as demais autoridades, em especial, com as responsáveis pelo estado de coisas inconstitucional, de modo que se criou uma *comisión de seguimiento*³⁵ para avaliar o cumprimento das determinações judiciais, bem como avaliar a necessidade de remodelamento e adequação da decisão da corte à realidade.³⁶

No contexto latino-americano, alguns países têm de fato aplicado o instrumento do ECI, tais como Colômbia e Argentina. Outros como Paraguai, Peru e Venezuela, embora não tenham declarado o ECI, reconhecem o instrumento no plano doutrinário.³⁷

³² ARAÚJO, op. cit., p. 190.

³³ Ibidem, p. 191.

³⁴ Fenômeno no qual muitos colombianos tinham que deixar as suas casas e suas cidades em razão dos conflitos e da guerra provocada pelos grupos paramilitares e pelos narcotraficantes, tendo que ir para outras regiões, nas quais se viam sem acesso a direitos básicos, como saúde, educação e emprego. Assim, muitas ações foram ajuizadas na 1^a instância com o objetivo de que se reconhecessem esses direitos aos desplazados, chegando tais ações à Corte Constitucional colombiana, que declarou o estado de coisas inconstitucional.

³⁵ Es una iniciativa de la sociedad civil creada en noviembre de 2005, con el fin de trabajar por los derechos de la población desplazada y orientada al desarrollo de acciones a favor del pleno cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 y sus posteriores autos. Está conformada por: La Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), la Corporación Viva la Ciudadanía, el Secretariado Nacional de Pastoral Social, la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, la Organización Plan Internacional, Dejusticia, plataformas de mujeres, de afrocolombianos, e importantes personalidades de la vida nacional. (PEÑA, 2011, p. 83).

³⁶ ARAÚJO, op. cit., p.197.

³⁷ IGLESIAS, Edimer Leonardo Latorre et al. *Litigio Estructural em America Latina: Génesis y Tedencias del constitucionalismo progresista*. Bogotá: Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2015. p. 27-30.

No caso brasileiro, tem-se a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 347, ajuizada pelo PSOL- Partido Socialismo e Liberdade, cuja discussão gira em torno da problemática das prisões brasileiras, que a exemplo do caso colombiano, apresentam um quadro de caos total, afrontando direitos fundamentais constitucionais dos presos, de modo que levou o STF a declarar o estado de coisas *inconstitucional*.

Embora ainda não se tenha julgado o mérito da ação, o Tribunal Maior concedeu parcialmente a liminar pleiteada, determinando-se dentre outras medidas a realização de audiências de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da prisão do acusado, a realização de mutirões carcerários, etc.

Segundo Carlos Alexandre Gonçalves³⁸ a postura do voto do relator da ação, o ministro Marco Aurélio, aponta claramente para uma opção dialógica, na medida em que propôs a interferência do STF na formulação e implementação de políticas públicas e de escolhas orçamentárias, sem olvidar da necessidade de acompanhamento e monitoramento da execução das medidas. Segundo o autor, tal comportamento da Corte Suprema não implica em um estado de arrogância institucional, mas pelo contrário, denota uma opção pelo caminho da interação institucional em torno de um objetivo comum.³⁹

Para Vieira e Bezerra⁴⁰ a decisão cautelar do STF, no entanto, apenas manteve a perspectiva deliberativa do Tribunal, que nesse sentido, tem sido mandatária e monológica. Para os autores, as liminares deferidas até o momento, foram alheias à necessária construção de uma jurisdição supervisora e de sentenças estruturantes, estando em total contrariedade com a jurisprudência da Corte Constitucional colombiana.

Considerando que o julgamento de mérito da ADPF nº 347 ainda continua pendente, é de se esperar que a jurisprudência da Corte realoque o estado de coisas em seu devido lugar, consoante apontam Ribas e Bezerra, exercendo, de fato, um papel ativo na transformação da sociedade.

³⁸ CAMPOS, 2015, *passim*.

³⁹ CAMPOS, 2015, *passim*.

⁴⁰ VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar(?). 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, GIRO DECOLONIAL E AS EPISTEMOLOGIAS DO SUL

Uma das principais características do novo constitucionalismo latino-americano é o giro decolonial, teoria por meio da qual se pretende construir um modo de pensar próprio e latino-americano, descolonizador e alternativo à concepção de modernidade e visão de mundo universal e totalizadora. Segundo Walter Mignolo⁴¹ o giro decolonial significa um desprendimento do pensar que não seja mais baseada na retórica da concepção de modernidade, enfim, uma limpeza da colonialidade do ser e do pensar.

Neste período, o mundo passou por uma ruptura epistêmica na qual passou-se da visão de mundo como um todo orgânico, constituído pelo homem, natureza e conhecimento, no qual todos se inter-relacionam, para um mundo no qual homem e natureza são âmbitos ontologicamente separados, sendo que a função do conhecimento é a decomposição da realidade em fragmentos afim de dominá-la.⁴²

Segundo Quijano⁴³ o conceito de modernidade vem junto com o de colonialismo, de modo que a apropriação pelos europeus da “verdade universal”, legitimou todo o projeto de exploração e colonização destes frente aos povos originários na América Latina.

Segundo o autor peruano, forjou-se a ideia de que os europeus constituíam o único povo civilizado do mundo, detentor do único conhecimento e saber, capazes de conduzir o homem ao progresso, e, portanto, eram cidadãos naturalmente superiores aos demais povos, inclusive aos indígenas e aos africanos das terras colonizadas.⁴⁴

Esta superioridade também teve como aparato teórico, a construção de uma classificação social e da concepção de raça, que legitimou o domínio

41 MIGNOLO, Walter. *El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso.* Tabula Rasa, n. 8. jan./jun. 2008, p. 243-281.

42 CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Decolonizar la universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramon (Coords.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.p.80.

43 QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do Sul.* Coimbra: Edições Almedina, 2009.

44 QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142005000300002. Acesso em: 27 fev. 2018.

dos colonizadores frente aos povos colonizados, de modo que a exploração do trabalho braçal e escravo dos brancos europeus frente aos povos africanos e indígenas se mostrava como algo natural.⁴⁵

Para Castro-Gómez⁴⁶ o colonialismo epistêmico não foi imposto de forma gratuita, servindo de fato como retórica de um contexto dirigido à exploração pelos europeus de outros povos em outras terras, durante a expansão colonial europeia nos séculos XVI e XVII.

De acordo com Bello⁴⁷, no final dos anos 1990, um grupo de intelectuais latino-americanos (Quijano, Castro-Gómez, Mignolo, Dusseu, Ramón Grosfoguel, Arturo Escobar) dentre outros, criou um movimento denominado M/C (Modernidade/Colonialidade).

Nesse contexto, chama a atenção a capacidade desses autores de analisarem criticamente a concepção europeia mediante a descrição de teorias, métodos e conceitos de alta complexidade, e a partir daí, elencar as contradições e os problemas desse paradigma, apontando, desde logo, propostas de reformulação desse instrumental na América Latina.⁴⁸

Esse grupo de pensadores pretende, em suma, a descolonização de pensamento, algo a que Quijano denominou de *desprendimiento*. Para Quijano, porém, tal *desprendimiento* não significa, no entanto, uma recusa a toda ideia de totalidade elaborada pela modernidade europeia, mas sim, a liberação da produção de conhecimento, de reflexão e da comunicação das bases do paradigma modernidade/racionalidade etnocêntrica.⁴⁹

Por fim, importante ressaltar a teoria das Epistemologias do Sul, de Boaventura de Souza Santos⁵⁰, cuja concepção, em breve síntese, é a de que haveria uma divisão do mundo em dois lados, um do lado de lá ou

⁴⁵ QUIJANO, 2005, *passim*.

⁴⁶ CASTRO-GÓMEZ, op. cit., p.88.

⁴⁷ BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 7(1):49-61, jan./abr. 2015. p.51.

⁴⁸ *Ibidem*. p., 52.

⁴⁹ QUIJANO, Anibal. Colonialidad y Modernidad/Racionalidad. 1992. Disponível em: <<http://www.lavaca.org/wp-content/uploads/2016/04/quiijano.pdf>>. Acesso em: 27 fe. 2018.

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Souza; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. p.32.

Norte Global e outro do lado de cá, denominado Sul Global. O Norte seria o local onde se dá toda a produção do conhecimento científico universal, enquanto no Sul nenhuma forma de conhecimento relevante seria produzida.

Trata se de uma teoria que confirma o fato de o colonialismo ter excluído os diversos saberes e conhecimentos dos povos oprimidos frente a uma concepção que se propunha ser universalizante do ponto de vista do modo de pensar. Uma das alternativas para combater essa concepção moderna é a dialogicidade horizontal entre os diversos conhecimentos, o que se denomina de ecologia dos saberes.⁵¹

Segundo Sousa Santos⁵² o pensamento abissal, o qual vigoraria até os dias de hoje, se fundamenta na ideia de que há uma linha que separa os atores, os conhecimentos e os saberes entre aqueles que são visíveis e inteligíveis (Norte Global), e os que são perigosos e inúteis (Sul Global). A proposta para combater isso se funda numa epistemologia que deva estar assente na ecologia dos saberes e na tradução intercultural.

Nesse sentido, interessante observar o que dizem os professores Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Marcio Alexandre Diniz Cabral, que ao comentarem sobre a possibilidade de transplante do ECI colombiano para a realidade de outros países latino-americanos, entendem ser o ECI um mecanismo de uma nova epistemologia do Sul, na medida em que se cuida de uma solução específica para problemas, especificamente, latino americanos.⁵³

4 CONCLUSÕES

Conforme analisado no decorrer desse trabalho, o novo constitucionalismo latino-americano representa sim um novo paradigma na teoria constitucional, em especial no tocante as novas experiências constitucionais que se têm visto na América Latina a partir de 1991. Tais constituições apresentam características e formatos que identificam um novo modo de pensar no Sul Global, desde o modo como se deu a elaboração da lei fundamental, de perfil democrático de seus textos, à

⁵¹ SANTOS, op. cit., p. 7.

⁵² Ibid., p. 14.

⁵³ ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; CABRAL, Márcio Alexandre Diniz. *O Estado de Coisas Inconstitucional: Da Colômbia ao Brasil*. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-American*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 198.

garantia de direitos e participação aos povos originários, num processo que se tem denominado de descolonização.

Constatou-se que um dos exemplos mais marcantes desse novo constitucionalismo com o perfil descolonizador, é o estado de coisas inconstitucional, mecanismo de controle de constitucionalidade fundado na doutrina do *structural remedies*, e destinado a declarar uma inconstitucionalidade, cuja responsabilidade é atribuída a diversas autoridades, daí porque se diz ter o mesmo uma feição estrutural.

Na América Latina, fora a corte colombiana, que fundada no princípio constitucional da colaboração harmônica, primeiro sistematizou o ECI, criando e detalhando requisitos próprios para a aplicação do instrumento de controle, bem como estabelecendo mecanismos de fiscalização das decisões judiciais nos casos do estado de coisas inconstitucional. Restou claro que em nenhum país do mundo, o ECI está em um nível tão desenvolvido como na Colômbia.

Ainda que se faça uma forte crítica ao ativismo judicial do ECI, já não é de hoje que a concepção de separação dos poderes, inspirada nas teorias clássicas de Montesquieu, em sua obra “*L'Esprit des lois*”, tem sofrido uma releitura para além da ideia de poderes estáticos e cujas funções típicas devam estar previa e rigidamente estabelecidas na lei. A realidade dos fatos tem imposto não raras vezes a necessidade de uma atuação mais proativa de um poder, evitando-se que o direito dos cidadãos não se efetive em razão da rígida compreensão do princípio da separação dos poderes.

Para além da constatação de o ECI ser um mecanismo bastante desenvolvido pela corte de um país latino-americano, verificou-se se tratar de um instrumento que densifica o novo constitucionalismo latino-americano, na medida em que o mesmo vai em direção ao objetivo dessa nova teoria constitucional, que é a descolonização epistemológica, representada pela valorização dos saberes e conhecimentos dos povos originários, tão colocados em segundo plano pela concepção moderna europeia.

Ao fim, reitera-se que não se trata de negar de forma total as ideias concebidas pelo paradigma da modernidade etnocêntrica, mas de valorizar um modo de pensar próprio, latino-americano, para solucionar problemas que sejam latino-americanos, a partir de uma dialogicidade horizontal de saberes, conforme sugerido pela teoria das epistemologias do sul de Boaventura de Souza Santos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; CABRAL, Márcio Alexandre Diniz. O Estado de Coisas Inconstitucional: Da Colômbia ao Brasil. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-American*o. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*7(1):49-61, jan./abr. 2015.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. *A colonialidade no Direito*. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-colonialidade-no-direito-por-fernanda-frizzo-bragato/>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional e Litigio estrutural*. 2015. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em:26 fev. 2018.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Decolonizar la universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramon (Coords.).*El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

CODIGO PENAL DEL ECUADOR DE 1971. Disponível em:<https://www.oas.org/juridico/mla/sp/edu/sp_ecu-int-text-cp.pdf> Acesso em: 27. Set. 2017.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Disponível em:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/ultimo/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em 27. Set. 2017.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008. Disponível em :<https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acesso em: 27. Set. 2017.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 27.set.2017.

CONTRERAS, Edgar Hernán Fuentes; LÓPEZ, Beatriz Eugenia Suárez; VILLEGRAS, Adriana Rincón. *Facticidad y Constitución: La Doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina*. Athenas, Brasil, v. I, n. 2, 2012.

_____. Corte Constitucional. *Sentencia de Unificación nº. 557*. Acórdãos. Relator: Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-559-98.htm>>. Acesso em: 14 jun.2017.

_____. Corte Constitucional. *Sentencia T-025/2004*. Acórdãos. Relator: Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 17 jun.2017.

_____. Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia N.º 004-14-SCN-CC, 2014*. Disponível em:<<https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0072-14-CN.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

DALMAU, Ruben Martinez. Asembleas constituintes e o novo constitucionalismo en America Latina. In: *Tempo Exterior*, n. 17, p. 5-15, 2008, p.8. Disponível em: <http://www.igadi.org/te/pdf/te_se17_te29_17_005_ruben_martinez_dalmau.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2017.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Disponível em: <[http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010\[1\].pdf](http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010[1].pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2018.

GARAVITO, César Rodriguez. *Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional*. (Artículo preparado para publicación en césar Rodríguez Garavito, ed. 2009. *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Universidad de los andes).

IGLESIAS, Edimer Leonardo Latorre et al. *Litígio Estructural em América Latina: Génesis y Tedencias del constitucionalismo progresista*. Bogotá: Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2015.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.

MIGNOLO, Walter. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso. *Tabula Rasa*, n. 8. jan./jun. 2008, p. 243-281.

PASTOR, Roberto Viciana; DALMAU, Ruben Martínez. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Fundamentos para uma Construcción Doctrina. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-American*o. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

PEÑA, Gabriel Bustamente. *Estado de Cosas Inconstitucional y Políticas Públicas*. Tese de Mestrado em Estudos Políticos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, 2011. Disponível em: <<https://repository.javeriana.edu.co/>>. Acesso em: 14 set. 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009.

QUIJANO, Anibal. *Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina*. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142005000300002. Acesso em: 27 fev. 2018.

QUIJANO, Anibal. *Colonialidad y Modernidad/Racionalidad*. 1992. Disponível em: <<http://www.lavaca.org/wp-content/uploads/2016/04/quiijano.pdf>>. Acesso em: 27 fe. 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. 2007. *La reinvencción del Estado y el Estado plurinacional en OSAL*. (Buenos Aires: CLACSO Ano VIII, N°.22, septiembre. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio Correia Souza de. Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americanano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americanano*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direitos Fundamentais e Constituição: As respostas do Neoconstitucionalismo europeu e do Novo Constitucionalismo Latino-Americanano. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Orgs.). *Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-Americanano*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

VIERA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar(?).2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

WALSH, Catherine. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramon (Coords.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

RECEBIDO EM: 28/09/2017
APROVADO EM: 24/10/2017

A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NAS DEMANDAS JUDICIAIS DE SAÚDE: EM BUSCA DA REAL EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL

***THE SYSTEMATIC AND TELEOLOGICAL INTERPRETATION OF THE
FEDERAL CONSTITUTION IN THE JUDICIAL HEALTH DEMANDS:
IN SEARCH OF THE REAL EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHT***

Guilherme Emmanuel Lanzillotti Alvarenga
Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL.
*Possui pós graduação *latu sensu* em Direito Privado pela Universidade Gama*
Filho (2009). Atualmente é Procurador do Município - Procuradoria Geral
do Município de Maceio e Advogado, atuando como Procurador Chefe da
Especializada Judicial. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito
Constitucional, Administrativo, Cível e Trabalhista.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Justiciabilidade do direito social à saúde; 2 A interpretação constitucional; 3 A ineficaz interpretação atual do Judiciário na concretização do direito fundamental à saúde; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo propõe-se ao estudo da crescente judicialização da saúde no Brasil, a partir de uma perspectiva da hermenêutica constitucional, sobretudo à luz da interpretação sistemática e teleológica. Por meio de revisão bibliográfica, através de análise doutrinária e jurisprudencial, pretende-se analisar qual método interpretativo o Judiciário pode adotar, a fim de que seja, objetiva e racionalmente, concretizado o direito à saúde. Com a investigação dos cânones tradicionais da interpretação que podem ser usados na hermenêutica constitucional, verificou-se que a interpretação sistemática e teleológica pode ser utilizada para concretizar o direito fundamental à saúde e alinhar o sistema de direitos sociais da Carta de 1988. Adotando-se este vértice interpretativo, aliado à análise pelo Poder Judiciário do regramento infraconstitucional do SUS, o Estado terá como, efetivamente, se organizar para prestar o serviço de saúde de forma mais adequada e com qualidade, aprimorando o fluxo dos procedimentos administrativos necessários à realização deste direito fundamental social tão questionado nos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde. Judicialização. Interpretação constitucional. Métodos. Concretização.

ABSTRACT: The present article proposes the study of the increasing judicialization of health in Brazil, from a perspective of constitutional hermeneutics, especially in light of the systematic and teleological interpretation. Through a bibliographical review, over a doctrinal and jurisprudential analysis, intends to analyze which interpretative method the Judiciary can adopt, in order to be, objectively and rationally, concretized the right to healthcare. With the investigation of the traditional canons of interpretation that can be used in constitutional hermeneutics, it has been found that systematic and teleological interpretation can be used to realize the fundamental right to health and to align the system of social rights of the 1988 Charter. Adopting this interpretative vertex, with the analysis by the Judiciary Branch of the infraconstitutional regulation of the Unified Health System, the State will effectively organize itself to provide the health service in a more adequate and quality way, improving the flow of the administrative procedures necessary to carry out of this fundamental social right so questioned in the courts.

KEYWORDS: Health. Judicialization. Constitutional interpretation. Methods. Systematic. Teleological. Concretion.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 rompe com o paradigma positivista de ordens constitucionais anteriores, retomando os valores de equidade e justiça para o sistema jurídico e concedendo força normativa aos princípios que, ao lado das regras, passam a ter natureza cogente. A Carta alcança papel de destaque no ordenamento jurídico, tornando-se a Lei Fundamental que regerá a interpretação de todas demais leis e atos normativos, ganhando supremacia e força normativa, irradiando os valores por todo ordenamento jurídico e ordenando fins que devem ser perseguidos para a efetivação de direitos (BARROSO, 2013, p. 92).

Os direitos sociais positivados, considerados até então meros projetos e programas de governo, passam a ser considerados normas de natureza cogente e impositiva em face do Estado e dos cidadãos, dotados de eficácia direta e aplicabilidade imediata, através de prestações positivas estatais para a sua concretude. A Lei Maior deixa de ser dirigente e torna-se garantista, tendo como maior desafio a efetividade de seu extenso rol de direitos fundamentais.

Entretanto, ainda não se atingiu a concretude dos direitos garantidos na Carta. Para ilustrar isso, atente-se para a pesquisa realizada pela Datafolha, encomendada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), que verificou que seis em cada dez brasileiros consideram a saúde do país como ruim ou péssima, enquanto este qualificador foi de 54% dos entrevistados ao avaliar o Sistema Único de Saúde (SUS). O instituto avaliou ainda a porcentagem dos entrevistados que deram nota zero e cinco para a saúde no país, em uma escala de zero a dez, e obteve os seguintes resultados: 24% pontuaram zero para a saúde em geral e 20% deram cinco, enquanto 18% atribuíram zero para o SUS e 19%, cinco (DATAFOLHA, 2015).

Diante desta ineficiência dos serviços e ações de saúde, ocorreu um aumento do quantitativo da judicialização deste direito fundamental, como bem demonstra pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em que se constatou a elevação do total de processos julgados em 2012 em relação a 2011. Por exemplo, os Tribunais de Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Norte apresentaram aumento respectivo de 118.225, 132.561 e 21.384 processos julgados em relação ao ano anterior (CNJ, 2015, p. 39).

Com a judicialização em massa das demandas da saúde, as cortes firmaram entendimento acerca da solidariedade dos entes federativos na prestação do direito fundamental social, não necessitando a presença de

todos nos polos passivos da lide, bastando apenas uma entidade responsável pela execução do serviço. Ocorre que, na prática, a judicialização continua a aumentar, pois, além das deficiências do Poder Público na prestação do serviço, a solidariedade, sem a demarcação das competências e atribuições de cada ente, agrava a desorganização administrativa e emperra os fluxos criados pelo Estado para uma melhor prestação das ações de saúde.

A concessão indiscriminada de liminares em face do Estado e a realização de bloqueios de contas públicas, com o intuito de resguardar o direito à saúde dos demandantes, demonstra uma microvisão equivocada que o Poder Judiciário detém da efetivação dos direitos sociais, não exercendo uma visão macro das políticas públicas das edilidades para concretizar os demais direitos sociais. A consequência desta conduta é observada pelo desequilíbrio do sistema e pela garantia parcial, deixando de lado a concretização de direitos de uma massa necessitada.

Diante disso, verifica-se que a interpretação literal da Constituição Federal não concretiza o direito fundamental à saúde, já que não cumpre sua máxima efetividade diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Logo, faz-se salutar uma revisão das técnicas e métodos interpretativos nesta seara, a fim de que se alcance um melhor meio de interpretação que conceda mais efetividade ao direito social fundamental, preservando a vida dos indivíduos, a manutenção e a melhoria dos serviços públicos de saúde.

1 JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

O direito fundamental à saúde, garantido na Constituição Federal no rol dos direitos sociais do artigo 6º, é considerado por Alexy (2014, p. 499) como direito a prestação em sentido estrito, já que se trata de um direito do indivíduo em face do Estado a algo que aquele, se tivesse meios financeiros ou ofertas suficientes no mercado, poderia também obter de particulares.

Sarlet (2008) defende que o direito a saúde, além de ser uma prestação em sentido estrito, encontra-se sob a lógica do art. 5º, § 1º, da Lei Maior, em que pese não constar da listagem dos direitos individuais e coletivos daquele dispositivo, devendo ser outorgada a máxima eficácia e efetividade possível, e ser levada em conta a necessária otimização dos princípios e direitos fundamentais envolvidos, à luz do caso concreto. Os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo-se do Poder Público prestações materiais para o seu cumprimento (KRELL, 1999, p. 240).

A Carta de 1988 instituiu deveres à Administração Pública de concretizar os direitos sociais mediante políticas públicas, que devem ser elaboradas e implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo de cada ente federativo. Krell (1999, p. 241) leciona que em um sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas efetivações, de acordo com as alternativas escolhidas pelo eleitorado periodicamente. A legitimidade para a apreciação dos fatores econômicos visando uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe especialmente aos órgãos políticos e legislativos.

Krell (2012, p. 143) define as políticas públicas como um conjunto articulado de ações, decisões e incentivos que busca alterar uma realidade, em resposta a demandas e interesses envolvidos. A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis, existindo delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos (KRELL, 1999, p. 241). É através do orçamento público que o Estado irá veicular as políticas públicas e concretizar os direitos sociais esculpidos na Constituição Federal.

Oliveira (2008) identifica o orçamento como instrumento de programa de governo, pelo qual há de se demonstrar não apenas a elaboração financeira, mas também a orientação do governo, razão por que adquire caráter político. A peça orçamentária não é mais vista como uma lei meramente autorizativa, na qual figura previsão de entradas e gastos públicos, sem responsabilidade com a programação dos projetos sociais e a vida financeira do país. O orçamento passa de mero instrumento de previsão de receitas e despesas para plano de governo.

No caso brasileiro, o Poder Executivo encaminha projeto de lei orçamentária contendo as políticas públicas a ser incrementadas no âmbito de seu ente federativo, indicando o orçamento disponível que será despendido para a concretização dos direitos fundamentais estampados nas referidas políticas. O Poder Legislativo, por sua vez, como mandatário do povo, aprova o referido orçamento, podendo realizar emendas e autorizando o Executivo a efetivar as políticas públicas ali consignadas.

Entretanto, os recursos financeiros são escassos, e ao encaminhar os projetos de lei para os parlamentos, os governos realizam escolhas difíceis, decidindo em quais áreas fundamentais irão realizar maiores investimentos. Neste ponto, é importante destacar a figura do orçamento participativo, instrumento de democratização das relações povo-governo,

no qual a participação da sociedade descentraliza a tomada de decisões do chefe do Executivo, abrindo espaço para o debate democrático acerca das necessidades mais urgentes solicitadas pela população local.

Contudo, uma vez ineficazes as políticas públicas escolhidas pelos representantes, o que ocasiona a ineficiência dos direitos sociais e a prestação defeituosa de serviço público, subsiste a possibilidade de ajuizamento de demandas judiciais exigindo-se a contemplação do direito subjetivo a prestações sociais. À medida que uma questão, seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público, é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial (BARROSO, 2009, p. 4). Cabe ao Poder Judiciário, no ordenamento jurídico constitucional vigente, como forma de efetivar estes direitos, analisar a interpretação das normas constitucionais e legais que veiculam as políticas públicas.

Pode-se indagar se a atuação judicial no controle das políticas públicas não afrontaria a cláusula pétrea da Separação dos Poderes pelo fato de o Judiciário invadir a competência do Executivo e do Legislativo para tratar sobre a matéria, o que desequilibraria o sistema de freios e contrapesos dos poderes republicanos. Todavia, afigura-se prudente uma revisão do dogma da “separação dos poderes” em relação ao controle dos gastos públicos e à prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social e Democrático de Direito, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de assegurar um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A legitimidade dos tribunais para tomar decisões politicamente sensíveis não pode ser negada com o argumento de que os juízes não são escolhidos pelo voto popular, já que não se pretende substituir a esfera político-representativa por aquela de ordem funcional (KRELL, 2012, p. 172), mas sim efetivar os direitos sociais e garantir a força normativa da Constituição.

Krell (2012, p. 152) entende que o ativismo na ordem jurídica brasileira deve ser moderado, não havendo nenhum tipo de dificuldade contramajoritária, já que a obrigação de agir foi assentada nas normas jurídicas constitucionais e ordinárias. O ativismo moderado concede ao Judiciário uma interpretação mais expansiva da Constituição e um papel mais proativo e racional na concretização dos direitos fundamentais constantes na Carta (KRELL, 2012, p. 151).

A rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha e de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que for mais correta e mais justa à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e lhe confere uma legitimização específica (BARROSO, 2009).

2 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Krell (2014, p. 297) afirma que o Direito é uma ciência pragmática e orientada a decisões práticas, sendo indispensável que mantenha constante contato com a realidade social. A prática diária da aplicação do direito exige uma fundamentação objetiva racional e socialmente aceita das decisões, com a ligação estrita do texto legal com o resultado de sua aplicação sua efetividade (KRELL, 2014, p. 298).

A possibilidade de justificação racional do discurso jurídico é questão fundamental à própria científicidade do Direito, pois a racionalidade é vista na ciência jurídica como ciência normativa, evidenciada pela correção de suas assertivas, o que faz com que se aproxime do sentido de justeza das decisões.

A questão da aplicação das normas jurídicas é evidenciada especialmente na construção da decisão jurídica, quando o aplicador da norma deve demonstrar como chegou a determinada conclusão sobre os fatos e a interpretação das normas e critérios utilizados para tanto. Motivar as decisões judiciais contribui para torná-las aceitáveis; isso é particularmente relevante nas sociedades pluralistas, que não consideram legítimas as decisões com traços autoritários (ATIENZA, 2003).

A densidade dos problemas jurídicos, que necessariamente envolvem valores, impediria uma lógica formal baseada na noção de silogismo utilizada no positivismo. Atienza (2003), ao citar Robert Alexy, informa que o filósofo alemão defendia a ideia de que a argumentação racional deve ser a base das decisões dos juízes, porquanto essencial não só para o caráter científico da jurisprudência, bem como para a legitimidade das decisões judiciais, rejeitando parcialmente o raciocínio lógico formal e apontando quatro óbices ao silogismo puro: a) imprecisão da linguagem do direito; b) possibilidade de conflito entre normas; c) possibilidade de casos que não se encaixem em nenhuma norma válida; e d) possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contrarie textualmente um estatuto.

A retórica revela-se o mais tradicional meio para se defender uma pretensão de verdade baseada no provável e no que é aceito pelo senso comum, contra uma pretensa certeza científica, representando um “procedimento de conhecimento científico capaz de fundamentar racionalmente suposições e dotá-las de validade intersubjetiva” (KRELL, 2016, p. 249-251). Esse autor defende que a argumentação jurídica dirige-se ao auditório do Direito, que só pode ser convencido por argumentos jurídicos racionais.

Krell (2014, p. 302-303) justifica a utilização da metódica como forma de tornar o discurso jurídico racional, objetivando ao máximo possível as decisões judiciais, diminuindo os seus espaços de vaguença e subjetividade. Isso não significa negar a carga de subjetividade que existe nas decisões jurídicas, bem como a observância de padrões morais que o aplicador do direito carrega consigo. A presença dos métodos tradicionais de interpretação permite o controle da racionalidade da decisão, evitando eventuais arbitrariedades e tomadas de decisões em sentimento subjetivo de justiça do intérprete (KRELL, 2014, p. 302-303).

Barroso (2009, p. 18) argumenta que a conexão entre os mundos da política e do direito concede à interpretação constitucional uma inevitável dimensão política, porém constitui uma tarefa jurídica que se sujeita aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. As decisões não podem ser alheias às consequências políticas que podem gerar, inclusive para obstar resultados injustos e inconstitucionais. Deve-se agir dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico e de forma racional.

Os quatro cânones da interpretação jurídica são os seguintes: a) literal ou gramatical; b) sistemática; c) histórica; d) teleológica. Krell (2014, p. 303-306) apresenta cada método, extraíndo sua função interpretativa. A primeira interpretação é o ponto de partida do trabalho jurídico, já que a letra da lei revela as prescrições vinculantes ao seu aplicador. A interpretação sistemática baseia-se nas ideias de consistência e de coerência, conjuntamente com a unidade sistemática, em uma ordem complexa, desenvolvida e pluralista. Quando houver dúvidas acerca do significado do texto legal, o intérprete pode socorrer-se com a interpretação histórica, a fim de averiguar a intenção de seu autor e o contexto do momento em que a lei fora produzida. Por fim, o elemento teleológico está relacionado à responsabilidade do intérprete pelo alcance de um resultado correto e justo para o caso concreto a ser decidido.

Barroso (2013, p. 91) afirma que a interpretação deve levar em consideração o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas - constitucionais ou infraconstitucionais (interpretação sistemática) -, sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos de seu processo de criação (interpretação histórica).

Krell (2014, p. 308) defende que as regras interpretativas clássicas fomentam a produção de decisões plausíveis por meio de exposições racionais de argumentos. O método a ser escolhido para a realização da interpretação dependerá da intuição ou do sentimento jurídico do intérprete, desde que lhe permita antever o resultado que considera o mais efetivo na concretização do direito fundamental perseguido, razão pela qual método e resultado estão umbilicalmente relacionados de forma complexa no processo hermenêutico (KRELL, 2014, p. 309). Esta escolha não é realizada de forma aleatória, necessitando de fundamentação racional. Por isso, esse autor defende a ponderação entre argumentos metódicos para se chegar a uma decisão racional e bem justificada, já que, a depender das situações fáticas e jurídicas possíveis, um método pode levar a um resultado, enquanto outro pode levar a um resultado totalmente diferente (KRELL, 2014, p. 313).

Entretanto, não se nega que qualquer decisão judicial carrega consigo marcas de subjetividade, até porque o direito não é uma ciência da natureza, mas uma ciência social aplicada. A ponderação formulada por Alexy é considerada um método racional e de controle intersubjetivo e previsível da decisão (SILVA, 2011, p. 367); nela, através de uma demonstração argumentativa, o aplicador buscará garantir a objetividade da interpretação, expondo os argumentos dos pontos subjetivos de forma racional, a fim de alcançar a justeza do veredito.

Silva (2005, p. 142) defende que os cânones de interpretação formulados por Savigny valem também para o Direito Constitucional. Analisando os princípios e métodos de interpretação constitucional, o referido autor percebeu que se trata de métodos civilistas rebatizados e de máximas sem maiores significados além daqueles que o bom senso do intérprete já requereria (SILVA, 2005, p. 140).

Silva (2005, p. 130) esclarece sua afirmação ao demonstrar que o princípio do efeito integrador formulado por Hesse na interpretação constitucional nada mais é do que a aplicação do princípio da unidade e da interpretação sistemática em conjunto com a ideia de força normativa da Constituição, pois efeito integrador implica conceder efetividade ótima (força normativa) à unidade político- constitucional (unidade da Constituição),

e esta última é uma reafirmação do método clássico da interpretação sistemática e uma confirmação de que este vale na interpretação constitucional (SILVA, 2005, p. 127).

Entretanto, o que se assiste atualmente é à produção de decisões judiciais com interpretação deficiente, porquanto não concretizam os direitos fundamentais albergados na Carta, apenas os declaram existentes no ordenamento jurídico, emitindo comandos que na realidade fática são inexequíveis e revelando a inefetividade daqueles no direito brasileiro.

3 A INEFICAZ INTERPRETAÇÃO ATUAL DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da repercussão geral do Recurso Extraordinário (RE) 855.178, fixou a tese de que o tratamento médico adequado aos necessitados insere-se no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados. Pode figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. O tratamento médico adequado aos necessitados insere-se no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente.

A partir desta decisão, em caso de necessidade de tratamento de saúde, a ação, individual ou coletiva, poderá ser proposta em face dos três entes federativos conjuntamente, ou de cada um, isoladamente, não havendo a obrigação de chamar ao processo as demais entidades solidárias. Trata-se de interpretação literal dos artigos 6º, 23, II, 196 e 197 da Constituição Federal.

Da leitura dos dispositivos, conclui-se que a promoção da saúde é dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o que será regulamentado, fiscalizado e controlado nos termos da lei. O texto constitucional, portanto, expressamente autoriza o legislador ordinário a organizar a prestação deste serviço, de modo a conferir racionalidade e eficiência ao sistema.

A Lei 8.080/90, que disciplina em todo o território nacional as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado, efetua a repartição de competências em matéria de saúde entre os três entes federativos de acordo com a complexidade do tratamento (arts. 16, 17 e 18), tanto no aspecto preventivo quanto no curativo, preconizando a regionalização e a hierarquização dos serviços, autorizando ainda a cada ente dispor por normas infralegais acerca das técnicas, procedimentos médicos, protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (art. 7º).

Entretanto, o entendimento uníssono da jurisprudência brasileira é o de que a distribuição de atribuições entre os entes federativos por normas infraconstitucionais não elide a responsabilidade solidária imposta constitucionalmente, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente.

A Suprema Corte do país apresenta algumas ponderações no caso de fornecimento de medicamentos, tendo delimitado alguns limites no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

O ministro Gilmar Mendes sustentou três exigências para o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Primeiramente, havendo política pública que abranja a prestação de saúde requerida pela parte, o Judiciário apenas determina o seu cumprimento, hipótese em que há direito subjetivo à sua execução. Em seguida, deve ser verificado se o fármaco pleiteado possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pois é vedado à Administração Pública fornecer medicamento sem registro, salvo quando há dispensa em virtude de medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde. Por fim, a prestação à saúde pleiteada deve ter evidência científica suficiente

para a sua utilização. Caso o SUS forneça tratamento alternativo, a ele deve ser dada prioridade, exceto se for provado que por razões específicas o tratamento fornecido não é eficaz ao paciente.

Quando restar configurada a inexistência de políticas públicas e não se tratar de tratamentos puramente experimentais, pode-se questionar, por ações individuais ou coletivas, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas. Percebe-se que esta interpretação conferida pelo ministro em nada altera o entendimento cristalizado pela Corte Suprema acerca da solidariedade dos entes públicos na prestação do serviço de saúde. O julgador, inclusive, autoriza os órgãos judiciários a conceder tutelas individuais para efetivar o direito, a depender das peculiaridades do caso concreto e de seu juízo de ponderação.

O resultado desta interpretação é revelado pela ineficiência das decisões judiciais nas demandas que protegem o direito à saúde, especialmente devido à microvisão do Poder Judiciário, que concede tutelas específicas indiscriminadamente. Há, inevitavelmente, a interferência negativa no plano governamental de ações e serviços que são oferecidos à população como um todo (macrovisão), pois retira verbas de destinações mais amplas para cumprir com as determinações judiciais.

A gestão dos recursos públicos e a visão transversal das políticas públicas não são de conhecimento do Estado-juiz, de forma que decisões que ordenam cumprimento de tutela de saúde em favor de determinado indivíduo, sem analisar a repartição de competências da Lei 8.080/90, pode não só comprometer a integridade das políticas públicas de saúde, como também de outros domínios. Pesquisa realizada pelo CNJ, intitulada “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências”, verificou a predominância da litigação individual em detrimento das ações coletivas, reforçando a ideia de que a microlitigação é um dado relevante em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde (CNJ, 2015, p. 43).

Sarmento (2008, p. 556) segue a mesma linha de pensamento; argumenta que, cada vez que uma decisão judicial concede uma prestação material a um indivíduo, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais, já que “cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa”. O autor ainda defende que os direitos sociais não contariam com uma dimensão subjetiva, não ensejando, portanto, a exigibilidade de quaisquer

prestações positivas pelos seus titulares, mas apenas um controle judicial da razoabilidade das políticas públicas implementadas para realizá-los (SARMENTO, 2008, p. 566).

Para exemplificar sua afirmação, Sarmento (2008, p. 582) descreve o caso *Grootboom*, julgado pela Corte Constitucional Sul-Africana, no qual se discutiu a possibilidade de controle da razoabilidade das políticas públicas voltadas à moradia; era necessário, no momento, incluir medidas emergenciais focadas nas pessoas em situação de carência desesperadora (*desperate need*).

O Tribunal determinou que a política fosse reformulada de modo que contemplasse medidas de alívio imediato daquelas pessoas, sem, entretanto, adentrar no mérito da política pública, ou seja, decidir quais as providências que deveriam ser efetivamente tomadas, diferentemente do que ocorre no Brasil, na judicialização dos direitos sociais, em que a tutela deferida é uma ordem específica para satisfazer o direito, que muitas vezes se demonstra ineficaz. Sarmento (2008, p. 583) relata que para a fiscalização da execução de sua decisão, a Corte Sul-africana designou um órgão técnico independente (*Human Rights Comission*), de reconhecida expertise e prestígio no país em matéria de direitos sociais, para a tarefa de supervisionar a elaboração e a implementação do novo programa.

De acordo com o entendimento dos autores, resta claro que o Judiciário não deve se ater somente à microvisão da judicialização da saúde, ainda que seduzido pela enxurrada de ações individuais propostas diariamente. Deve-se levar em conta a análise macro da situação exigida judicialmente, ou seja, a razoabilidade ou não da decisão, para todos aqueles que se acham em situação similar à do autor; caso contrário, além de malferir a isonomia dos necessitados pelo serviço, prejudica-se a administração da política pública e o fluxo para a concretização do direito, como será a seguir evidenciado.

A inobservância do regramento infraconstitucional do Sistema Único de Saúde (SUS) gera tumulto administrativo e bloqueios de verbas públicas para a execução das liminares, sangrando as contas que poderiam atender às inúmeras demandas da sociedade. Souza Neto (2008, p. 528) acentua que a atuação judiciária na concretização de direitos sociais desorganiza a Administração Pública, já que, ao invés de se voltarem ao planejamento e à execução de políticas públicas, os administradores dedicam-se ao atendimento de demandas individuais.

Barroso (2009, p. 16) já advertia que o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. Os juízes devem considerar não apenas os elementos diretamente envolvidos no caso, mas também as implicações decorrentes das decisões para o andamento regular da gestão pública. “Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui” (BARROSO, 2009, p. 17).

Diante deste cenário de ausência de efetividade do direito fundamental à saúde, que por comando normativo tem aplicação imediata, saudável é a reformulação da interpretação constitucional desta garantia de forma racional, com o fito de concretizá-la no plano real. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, até mesmo para impedir resultados injustos ao bem comum ou aos direitos fundamentais; somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico (BARROSO, 2009, p. 18). Tais limites são os cânones interpretativos, os denominados métodos tradicionais, que auxiliam na produção das normas jurídicas extraídas dos textos constitucionais e legais.

Observa-se que a atual interpretação constitucional do direito à saúde é lastreada na literalidade do texto constitucional e na declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que delimitem responsabilidades e competências entre os entes federados no tratamento da saúde. Entretanto, já se apontou a ineficácia deste tipo de interpretação, devido à ineficiência de realização do direito em seu maior grau possível.

Souza Neto (2008, p. 541) leciona que os direitos sociais são vistos como um sistema uno, pois em diversos contextos são intercambiáveis e sua visão sistemática garante condições de vida digna. A Carta de 1988, por abrangente, não especifica os tipos de tratamento de saúde existentes, tampouco sua complexidade. É fato que os juízes não detêm capacidade e conhecimento técnico específico para melhor julgar o tratamento. A capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria.

Barroso (2009, p. 16) entende que temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. O Executivo e o Legislativo, por outro lado, detêm capacidades institucionais para tomar decisões mais informadas nesse âmbito, já que

possuem expertise técnica e orçamentário-financeira para efetivar o direito fundamental.

Devido à sistematicidade dos direitos sociais, a interpretação sistemática revela-se essencial ao cumprimento da Constituição. A observância do regramento infraconstitucional que discrimina as entidades que detêm as condições financeiras e técnicas para a real concretização do direito fundamental à saúde revela-se imprescindível, não permitindo que a microvisão da judicialização da saúde se sobreponha à macrovisão, que alberga o fluxo e a organização administrativa das políticas públicas de saúde do Estado. Caso contrário, será apenas uma decisão judicial inexequível e simbólica, podendo ser atentatória contra o bem maior de todos: a vida.

Barroso (2013, p. 94) traz como princípio instrumental da interpretação constitucional o da efetividade, consubstanciado na realização do direito, na atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Ao se realizar apenas uma interpretação literal dos artigos 6º, 23, II e 196 da Constituição Federal, não se observa a efetivação desse princípio, pois não há a concretização do direito social à saúde em sua maior medida possível, o que acarreta violações a este direito e aumenta a desorganização administrativa para cumprimento da tutela.

Os suportes legais das políticas públicas podem estar positivados em normas constitucionais, leis e atos infralegais nos três níveis da federação, instrumentos consensuais e contratos do setor privado, como concessões (KRELL, 2012, p. 144). Além das normas constitucionais e legais existentes, há os acordos e convênios de cooperação entre os entes federados que autorizam a gestão associada de serviços públicos preconizados no art. 241 da Lei Maior, planejando a repartição das competências dos serviços de saúde com vistas a prestá-los de uma forma adequada; estes devem ser considerados na interpretação judicial para concretizar o direito.

Ao realizar uma interpretação sistemática, e teleológica das normas, na medida em que o fim perseguido pelo intérprete é o alcance de um resultado correto e justo para o caso a ser decidido, o Judiciário, através de um ativismo moderado, deve analisar quais normas são compatíveis com o regramento constitucional do SUS.

Pelo princípio da presunção da constitucionalidade de leis e atos normativos, Barroso (2013, p. 93) define que não podem os tribunais e

juízes declará-los inconstitucionais quando a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, ou existindo tese razoável para a preservação da norma, seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro Poder, e existir interpretação alternativa possível, que afirme a compatibilidade da norma com a Constituição, quando se utiliza a técnica de interpretação conforme a Constituição.

A delimitação de competências entre os entes federativos nos tratamentos de saúde, em tese, não afronta a Constituição Federal e não deve ser inobservada e rechaçada do sistema jurídico pelo Poder Judiciário, pois organiza a Administração Pública a prestar o serviço na melhor qualidade possível. Entretanto, eventuais normas e cláusulas contratuais, de convênios ou congêneres, que esvaziem a obrigação do Estado em prestar o serviço podem ser consideradas inconstitucionais por violarem a jusfundamentalidade e a obrigatoriedade do Poder Público em garantir o direito à saúde a todos. Destaca-se que o próprio artigo 197 da Constituição autoriza o Poder Público, nos termos de lei, a dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde; entende-se que o Estado pode definir a atribuição de cada ente no tratamento da saúde preventiva e curativa, de acordo com sua complexidade técnica e financeira.

Souza Neto (2008, p. 546) afirma que a judicialização das políticas sociais depende de decisões construídas horizontalmente, a partir da interlocução permanente entre magistrados, administradores, técnicos, universidades e associações da sociedade civil, em conjunto com “a ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto em que a decisão incidirá”.

Krell (2012, p. 140) observa que os altos gastos de verbas públicas provocados pela judicialização da saúde têm dificultado e até inviabilizado a realização de benfeitorias ou outros melhoramentos dos serviços de saúde nos estados e municípios. Explana que vários estados, seguindo a Recomendação 31 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 30.3.2010, instituíram unidades de apoio técnico para coibir eventuais abusos e racionalizar o atendimento das demandas da saúde.

Urge a superação da interpretação literal da Constituição Federal pelo Poder Judiciário com relação ao tratamento de saúde fornecido pelo SUS, podendo ser utilizados os cânones da interpretação sistemática e teleológica, para o fim de concretizar o direito fundamental à saúde e salvaguardar a vida de todos, da sociedade e dos Poderes Públicos. Com

a adoção deste vértice interpretativo, o Estado terá como, efetivamente, se organizar para prestar o serviço de forma mais adequada, sem a interferência indiscriminada do Judiciário, portador de uma microvisão da judicialização que não se mostra atenta aos desequilíbrios de fluxo e à organização das políticas públicas de saúde em sua visão macro.

4 CONCLUSÃO

O direito social à saúde é considerado fundamental, dotado de aplicação imediata pela Constituição de 1988, a qual deixou de ser dirigente e tornou-se garantista. Entretanto, ainda não se alcançou a concretude dos direitos sociais assegurados na Carta, mormente devido à ineficiência das ações e serviços de saúde no país, o que gerou um aumento do quantitativo da judicialização deste direito fundamental.

Com a judicialização em massa das demandas da saúde, as Cortes firmaram entendimento acerca da solidariedade dos entes federativos na prestação do direito fundamental social, não se fazendo necessária a presença de todos nos polos passivos da lide; basta apenas uma entidade responsável pela execução do serviço. Todavia, na prática, a judicialização aumentou, pois, além das deficiências do Poder Público na prestação do serviço, a solidariedade, sem a delimitação das competências e atribuições de cada ente, agrava a desorganização administrativa e obstrui os fluxos criados pelo Estado para a melhor prestação das ações de saúde.

Verificou-se que este entendimento acerca da solidariedade dos entes nas prestações das demandas de saúde fora produzido pela interpretação literal da Constituição Federal, que ainda não concretiza referido direito fundamental. Razão disso são as concessões indiscriminadas de liminares em face do Estado e a realização de bloqueios de contas públicas, com o intuito de resguardar o direito à saúde dos demandantes. Isso revela uma microvisão equivocada que o Poder Judiciário detém da efetivação dos direitos sociais, em detrimento da concretização dos demais direitos sociais.

A prática diária da aplicação do direito exige uma fundamentação objetiva, racional e socialmente aceita das decisões, atentando-se para a ligação estrita do texto legal com o resultado de sua aplicação e efetividade. A presença dos métodos tradicionais de interpretação permite o controle da racionalidade da decisão, evitando eventuais arbitrariedades e a tomada de decisões em sentimento subjetivo de justiça do intérprete. As decisões não podem ser alheias às consequências políticas que podem gerar, até

mesmo para obstar resultados injustos e inconstitucionais. Deve-se agir dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico e de forma racional.

A interpretação sistemática e teleológica pode ser utilizada para concretizar o direito fundamental à saúde e alinhar o sistema de direitos sociais da Carta de 1988. Com a adoção deste vértice interpretativo e a análise, pelo Poder Judiciário, do regramento infraconstitucional do SUS, o Estado terá como, efetivamente, se organizar para prestar o serviço de saúde de forma mais adequada e com qualidade, aprimorando o fluxo dos procedimentos administrativos necessários à efetivação deste direito fundamental social tão questionado nos tribunais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Tradução de SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 3^a Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ATIENZA, Manuel. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda. , 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática*. Net, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 2 de jun. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. 142 p.
- DATAFOLHA, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1693244-para-6-em-cada-10-brasileiros-saude-no-pais-e-pessima.shtml>>. Acesso em: 24 out. 2015.
- KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF>> Acesso em: 2 jun. 2016.

KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FEITOSA, Enoque et al. (Orgs.) *O Judiciário e o Discurso dos Direitos Humanos*. v. 2. Recife: UFPE, 2012, p. 135-179.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito FGV*, São Paulo, jan./jun. 2014.

KRELL, Andreas J.; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. *Quaestio Iuris*, v. 9, n. 0. Rio de Janeiro, 2016. p. 244-277.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, I.W., TIMM, L.B. (Orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação Constitucional*. 2. ed. 2^a tiragem, São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO Jr., R.P. Barbieri, C.H.C. (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RECEBIDO EM: 14/04/2018
APROVADO EM: 01/06/2018

O FALECIMENTO DO AGENTE PÚBLICO NO CURSO DA AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A EXTENSÃO DA APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 NO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

***THE DEATH OF THE PUBLIC AGENT IN THE COURSE OF THE CIVIL
ACTION OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY: THE EXTENSION OF
THE APPLICABILITY OF LAW Nº 8.429/92 IN THE COMPENSATION
TO THE TREASURY***

*Jamiro Campos dos Santos Junior
Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Graduado
em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado.*

*Margareth Vetis Zaganelli
Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais
na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB-IT) e na Alma Mater
Studiorum Università di Bologna (UNIBO-IT). Professora Titular da Universidade
Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-
Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A previsão constitucional
da improbidade administrativa; 2 O advento da lei de
improbidade administrativa; 3 A lei de improbidade
administrativa e as modalidades sancionatórias
previstas; 4 A observância do princípio da moralidade

pelos agentes da administração pública; 5 O falecimento do agente ímparo no curso da ação civil de improbidade administrativa; 6 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo jurídico tem por intencionalidade o estudo da Lei nº 8.429/92 no que tange à aplicabilidade das sanções previstas ao agente público falecido no decorrer da ação civil de improbidade administrativa. Por intermédio de metodologia qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica, de cunho analítico, traz à baila a importância da Lei de Improbidade Administrativa como sistema de prevenção e repressão de atos praticados por agentes ímparos contra a Administração Pública; discorre, numa perspectiva histórica, o advento da Lei de Improbidade e a sua previsão no plano constitucional com a Constituição Federal de 1988; descreve o princípio constitucional da moralidade, como requisito de legitimidade da atuação do agente público e de validade do ato administrativo; elucida os mecanismos e o rito utilizados no andamento de ação civil de improbidade e a sua forma de condução na hipótese do falecimento do agente público que figure como réu; bem como, destaca a aplicação das medidas sancionatórias e as particularidades envolvidas na ocorrência da referida hipótese. Visa-se, assim, construir uma compreensão da extensão da aplicabilidade dos comandos sancionatórios presentes na Lei de Improbidade Administrativa referente à garantia no resarcimento ao erário.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 8.429/92. Erário. Princípio da Moralidade. Improbidade Administrativa. Falecimento. Agente Público.

ABSTRACT: The purpose of this legal article is to study Law 8.429/92 regarding the applicability of the penalties provided to the deceased public agent during the civil action of administrative improbity. Through a qualitative methodology, based on analytical bibliographical research, it brings to the fore the importance of the Administrative Improbability Law as a system of prevention and repression of acts practiced by impotent agents against the Public Administration; discusses, in a historical perspective, the advent of the Law of Improbity and its prediction in the constitutional plan with the Federal Constitution of 1988; describes the constitutional principle of morality, as a requirement of legitimacy of the performance of the public agent and of the validity of the administrative act; elucidates the mechanisms and rite used in the course of civil action of improbity and its way of conducting in the hypothesis of the death of the public agent that appears as defendant; as well as highlights the application of sanctioning measures and the particularities involved

in the occurrence of said hypothesis; It is intended, therefore, to build an understanding of the extent of the applicability of the sanctioning commands present in the Administrative Improbity Law referring to the guarantee in the compensation to the public treasury.

KEYWORDS: Law nº 8.429/92. Public Treasury. Principle of Morality. Administrative Dishonesty. Death. Public Agent.

INTRODUÇÃO

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, busca-se um incessante aprimoramento do arcabouço legal a respeito da prevenção e repressão aos atos atentatórios à Administração Pública. No que diz respeito à proteção da *res pública* e aos seus princípios norteadores, as instituições vêm a todo momento dando aplicabilidade à lei prevista quanto ao bom funcionamento da máquina pública e, sobretudo, de modo a prover o interesse público em sua plenitude.

Com a chegada da Lei de Improbidade Administrativa, no ano de 1992, instituiu-se no nosso ordenamento jurídico, agora no plano infraconstitucional, uma gama de disposições tangentes a fazer valer os princípios constitucionais estampados no caput do artigo 37º da Carta Maior. Menciona-se, em especialidade, um cuidado ao princípio da moralidade, de modo a garantir uma atuação proba do agente público frente à sociedade.

Percebe-se pela análise da redação da Lei nº 8.429/92 a presença de dispositivos que sancionam os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e que atentam aos princípios da administração pública, prevendo diversas penas para cada modalidade. É a ação civil pública o principal instrumento processual que buscará valer a aplicação das sanções previstas de modo a reprimir os atos considerados ímpuros.

Todavia, há algumas questões processuais que não estão previstas de maneira minuciosa e expressa na legislação, requerendo um esforço jurisprudencial e de labor doutrinário para um nítido entendimento. A questão do falecimento do agente público no curso da ação civil de improbidade quanto ao ressarcimento ao erário é uma dessas questões. É diante dessa peculiaridade que o presente artigo irá debruçar-se, fazendo-se pertinente um estudo de caráter jurisprudencial e doutrinário, tendo em vista a *res publica* poder ser recuperada com o atingimento nos limites da herança do falecido.

O presente trabalho tem por intencionalidade o estudo da Lei nº 8.429/92 no que tange à aplicabilidade das sanções previstas ao agente público falecido no decorrer da ação civil de improbidade administrativa. Por intermédio de metodologia qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica, de cunho analítico, o trabalho buscará, primeiramente, discutir a importância da Lei nº 8.429/92 na proteção aos princípios da Administração Pública e o seu cuidado com a proteção do erário, reforçando a previsão do tema no plano constitucional. Em seguida, trará à baila as modalidades sancionatórias previstas na referida lei, discorrendo especialmente em relação ao dano ao erário.

Por derradeiro, discutirá a questão processual referente à hipótese de falecimento do agente público no curso da ação civil de improbidade, refletindo sobre a garantia de reparação do prejuízo sofrido pela Administração Pública, explanando que o falecimento do réu não extingue integralmente a pretensão do Estado de punir o agente público, bem como não é entrave para a recuperação daqueles recursos públicos que foram objeto da atitude ilícita cometida.

1 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

De bom alvitre se faz a elucidação da matéria de improbidade administrativa inserida no ordenamento jurídico, com a sua previsão expressa no Texto Constitucional, dando abertura ao plano infraconstitucional para a regulamentação da matéria de maneira precisa e minudenciada.

A previsão constitucional do tema localiza-se no artigo 37, §4º, em que na sua redação, *ipsis litteris*, aduz:

Art. 37.

[...]

§4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Veja-se que, o legislador constituinte elencou diversas sanções direcionadas ao agente ímparo, de modo a reprimir o comportamento de desídia diante da Administração Pública, conferindo medidas de caráter

pedagógico, cautelar e da garantia do resarcimento dos bens da coisa pública. A intenção foi, sobretudo, garantir a proteção máxima aos bens do povo e evitar a impunidade daqueles agentes com comportamento em desencontro com a moralidade administrativa.

Assim, a Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, ingressou no sistema legal de modo a disciplinar efetivamente os atos de improbidade administrativa, elencando-os em suas respectivas modalidades e sanções. Fez-se necessária a regulamentação da referida temática por intermédio de legislação ordinária, conferindo a efetiva aplicabilidade prática.

Nesse diapasão, toda a matéria correspondente à seara da improbidade administrativa regulamentada pela referida lei, deve obediência e larga interpretação à base constitucional, principalmente à luz dos princípios norteadores da Administração Pública.

É nesse entendimento que Fazzio Junior alude, com propriedade:

Também procede relevar que o art. 37, §4º, deve ser interpretado, sempre, em harmonia com o contexto da Carta Magna, na qual se integra. Deste procedimento metodológico resulta uma pluralidade de alternativas hermenêuticas, sobretudo, no plano das sanções estipuladas para os atos de improbidade administrativa. (FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 14).

Vislumbra-se um marco importantíssimo na ordem jurídica brasileira a previsão da matéria em esfera constitucional, conferindo um tratamento rigoroso e de força normativa irradiada para todo o arcabouço legal existente, principalmente no tocante à Lei nº 8.429/92.

2 O ADVENTO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

No intuito de fazer valer o comando constitucional disposto, a Lei nº 8.429/92 fora promulgada com o preciso objetivo de proteger a Administração Pública dos prejuízos ocasionados pela má gestão dos recursos públicos e garantir o respeito aos ditames da moralidade administrativa.

Conforme leciona Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, a Lei de Improbidade Administrativa veio para regulamentar o art. 37, §4º da Constituição Federal que, ao consagrar um extenso catálogo de direitos

fundamentais, estabeleceu também o controle dos atos da esfera pública como importante objetivo do Estado, prevendo expressamente em seu texto a criação de um “microssistema de combate à improbidade administrativa”. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 178).

No mesmo raciocínio, Martins Júnior (1997) segue na ideia que a lei federal 8.429/92 instituiu no direito brasileiro um autêntico código da moralidade administrativa.

É cediço que o agente público deve agir com moralidade, em estrita observância ao princípio constitucional da moralidade administrativa, observando-o a todo o instante e em qualquer ato emitido como agente público. As condutas contrárias à probidade, implicará reprovação e aplicação da sanção correspondente ao ato. As referidas condutas encontram previsão nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da respectiva Lei nº 8.429/92.

No intuito de buscar uma análise mais específica do tema, cuidaremos de cada modalidade, dando uma discussão mais concentrada nos atos que causam prejuízo ao erário, foco deste trabalho.

O art. 9º cuida dos atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, isto é, de uma vedação legal para os atos que possuem o condão de auferir enriquecimento proveniente de vantagem indevida no exercício da função pública. Todavia, o dado ao erário nem sempre é pressuposto para o ato ser considerado de enriquecimento ilícito, significando que a conduta prevista no referido artigo, pode amoldar-se sem que tem havido ferimento aos cofres públicos.

Os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário se enquadram no artigo 10, tratando-se de qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades constantes no artigo 1º. Veja-se que o legislador previu diversas formas possíveis que de certa forma causem prejuízo ao erário, reflexo de uma forte preocupação com a coisa pública. Nessa modalidade, exige-se que haja prejuízo ao erário, ferimento ao patrimônio público, em que o agente atua com a intenção de causar perda patrimonial à Administração Pública, sem necessariamente incorrer em enriquecimento ilícito.

Pelo artigo 10-A, implementado pela Lei Complementar nº 157/2016, prevê-se novel modalidade de ato que cause prejuízo ao erário decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício tributário

ou financeiro. De um lado, acredita-se haver certa desnecessidade do comando legal, pelo fato do aludido ato já encontrar estreita relação com os atos já tipificados como causadores de prejuízo ao erário. Por outra banda, perceptível é a preocupação do legislador com os recursos tributários que alimentam o Fisco e impulsoram o funcionamento da máquina estatal, de enorme importância para os anseios da sociedade. Preocupação esta, de reflexo trazido pelo déficit fiscal latente no sistema econômico-financeiro do País.

Encerrando as modalidades previstas editadas pela Lei nº 8.429/92, temos os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, localizados no artigo 11. A respeito do comando legal em referência, cabe a lição trazida por Carvalho Filho:

No dispositivo em foco, constitui objeto de tutela a observância dos princípios constitucionais. Com a positivação dos princípios, criaram-se tipos legais conformadores de improbidade administrativa. Assim, a violação de princípio configura-se fatalmente como violação do princípio da legalidade.

O pressuposto exigível é somente a vulneração em si dos princípios administrativos. Consequentemente, são pressupostos dispensáveis o enriquecimento ilícito e o dano ao erário. A improbidade, portanto, contida com base no art. 11 pode não provocar lesão patrimonial às pessoas mencionadas no art. 1º nem permitir o enriquecimento indevido de agentes e terceiros. É O caso em que o agente retarda a prática de ato de ofício (art. 11,II). Não obstante, essa improbidade pode caracterizar-se como gravíssima, permitindo até mesmo a aplicação das sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 1127)

3 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS MODALIDADES SANCIONATÓRIAS PREVISTAS

Após elucidarmos os atos configuradores de improbidade, logicamente faz-se importante a análise das sanções correspondentes aos atos praticados. Sem muitas delongas, o artigo da Lei de Improbidade Administrativa, prevê do inciso I ao IV diversas sanções para cada modalidade. Eis o seu texto, em inteiro teor:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de

improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Cabe ressaltar que as referidas sanções não podem ser tratadas de natureza administrativa. A finalidade é bem mais ampla, alcançando proximidade com o aspecto civil sancionador. Medina Osório (2015, p. 114-116) comenta fazendo menção às medidas fiscais gravosas, as quais não assumem efeito aflitivo ou disciplinar, mas sim no intuito de promover a reparação do dano, através de execução civil processual, assumindo caráter restitutório, reparatório. É esse o real viés finalístico das medidas sancionadoras previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Observando o artigo 12 percebe-se que as sanções encontram-se escalonadas conforme a gravidade de cada uma das modalidades de ato considerado ímprobo. Elas podem ser aplicadas tanto alternativamente, ou, a depender da gravidade do caso, cumulativamente. Cabe ao julgador, ao proferir a decisão, em quaisquer das esferas (penal civil e administrativa) embasar seu entendimento nos moldes do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação de cada penalidade diante do caso concreto.

4 A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE PELOS AGENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De todo o arcabouço principiológico constitucional que rege a Administração Pública, o princípio da moralidade administrativa é o mais sensível e, por consequência, o mais violado. A atuação de um agente público além de pautada nos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, deve ter fiel e rigorosa observância quanto à moralidade. O bom gestor público é aquele que age com ética no cuidado com a *res pública*, com probidade.

Diante da grandiosa importância na observância do princípio da moralidade, Emerson Garcia adverte pedagogicamente, em que é papel da sociedade a atenção e exigência do respeito ao princípio por parte dos agentes públicos:

A correção dessas conclusões, no entanto, pressupõe que um caminho mais árduo e tortuoso seja percorrido: a necessária conscientização de todos os setores da sociedade de que todos devem zelar pela observância do princípio da modalidade. O controle sobre os atos dos agentes públicos deve ser rígido e intenso, o que permitirá um paulatino aperfeiçoamento da atividade estatal e, o que é mais importante, a necessária adequação dos agentes públicos aos valores próprios de um Estado Democrático de Direito, no qual o bem comum representa o pilar fundamental. (GARCIA, 2017, p. 141).

Não se confunde aqui a moralidade administrativa com a do tipo comum, em que esta, consubstancia-se em uma gama de valores entre os membros de determinada coletividade, sendo que aquela tem como pilar os valores referentes à atividade estatal.

O princípio da moralidade administrativa é comumente visto como um entrelace com os outros princípios constitucionais expressos ou implícitos. Funciona o mesmo como vetor de interpretação para toda a base

principiológica, sendo colocado como um verdadeiro superprincípio informado e informador, conforme as palavras de Wallace Paiva Martins Júnior:

O enfoque principal é dado ao princípio da moralidade na medida em que ele constitui verdadeiro superprincípio informador dos demais (ou um princípio dos princípios), não se podendo reduzi-lo a mero integrante do princípio da legalidade. Isso proporciona, por exemplo, o combate de ato administrativo formalmente válido, porém destituído do necessário elemento moral. A moralidade administrativa tem relevo singular e é o mais importante desses princípios, porque é pressuposto informativo dos demais (legalidade, impessoalidade, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação), muito embora devam coexistir no ato administrativo. Exsurge a moralidade administrativa como precedente lógico de toda a conduta administrativa, vinculada ou discricionária derivando também às atividades legislativas e jurisdicionais, consistente no assentamento de que: o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins, tendo como elementos a honestidade, a boa-fé, a lealdade e visando a uma boa administração. Assim, no atuar, o agente público deve medir atenção ao elemento moral de sua conduta e aos fins colimados, porque a moralidade afina-se conceito de interesse público não por vontade da norma constitucional, mas por constituir pressuposto intrínseco de validade do ato administrativo. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p.31-32).

O autor vai além, lecionando que o agente público deve pautar-se não somente de acordo com a lei em si, mas também de acordo com todo o ordenamento jurídico, compreendendo os princípios, a jurisprudência e os costumes.

É o princípio da juridicidade que proclama esse entendimento, tendo em vista que o Estado contemporâneo fundou-se nas referências da legalidade, legitimidade e licitude, tangentes à exigência ética e à sedimentação da legalidade no ordenamento jurídico pátrio (BAHENA, 2004, p. 108).

O conteúdo do princípio da moralidade administrativa, além de estar conectado com os demais princípios constitucionais, tem guarida nos moldes da boa-fé objetiva. Giacomuzzi (2002, p. 241) explica que, esta, como tal, e como tem de ser na postura exigida pelo agente público, se baseia na desnecessidade de indagação acerca do elemento psicológico na conduta do agente. Depreende-se desse entendimento de que os atos

administrativos exarados são protagonizados pela Administração, pouco importando de quem partiu e quais suas intenções.

Pois bem. Perpassadas as explicações entorno do princípio da moralidade, viável fica a exposição no caso de falecimento do agente ímparo no curso da ação civil de improbidade administrativo, cabendo trazer à baila, as questões processuais pertinentes.

5 O FALECIMENTO DO AGENTE ÍMPROBO NO CURSO DA AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.429/92 prevê nos seus artigos 7 e 16, respectivamente, as medidas cautelares de indisponibilidade de bens e o sequestro de bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. São instrumentos processuais de cunho cautelar, dispostos ao julgador advindo do poder geral de cautela, que agora possui maior abrangência no Código de Processo Civil.

Destarte, a partir da análise do processo em andamento, o julgador tem o condão de decretar tais medidas (tendo sempre em vista o atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade), caso necessário para a efetividade do desfecho processual. Em se tratando de improbidade administrativa, no que tange o dano ao erário, é importante mencionar que o foco da marcha processual é assegurar a tomada desse patrimônio dilapidado, de modo realizar o retorno desse patrimônio à Administração Pública.

Na indisponibilidade de bens, prevista no artigo 7º da lei, a intenção é garantir que o patrimônio do réu não seja reduzido a ponto de causar frustração em eventual cumprimento de sentença. Não se baseia, aqui, em usar a ferramenta no intuito de punir, precipitadamente o réu, tampouco ressarcir o erário, antes de condenação. (PEÑA, 2013).

Quando se trata da hipótese de falecimento do réu no curso da ação, diversos questionamentos são levantados. Diferentemente de enquanto o réu está em vida, quando o mesmo falece a situação fica complexa, requerendo alguns cuidados. Não há previsão legal precisa e clara no que tange à continuidade do processo quando tal hipótese ocorre. Sabe-se que a aplicação de multa, mesmo atingindo o patrimônio do réu, possui caráter de pena, logo, não pode passar do réu falecido aos herdeiros, decorrente do princípio da intransmissibilidade da pena. É o que atesta, como direito fundamental, no artigo 5º, XLV da Constituição Federal.

O mesmo inciso que prevê o aludido princípio, também afirma que há possibilidade da obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei pertinente, estendidos aos sucessores e contra eles executados, até o limite do valor da herança.

Veja-se que o constituinte redigiu em poucas linhas a diferença da multa, que possui caráter de pena, corolário do princípio da intransmissibilidade de pena, diante da obrigação de reparar o dano. Esta, baseia-se em sanção de caráter patrimonial, que atinge o patrimônio dos herdeiros, nos limites legais. Quando o réu falece, abre-se a sucessão, tendo a obrigação de reparar o dano como mecanismo que recai não sobre os herdeiros, mas sim, na herança. (MARCHESANI, 2010, p. 8).

É o que também está previsto no artigo 8º da Lei de Improbidade Administrativa. Sendo assim, sobrevindo o falecimento do réu no curso do processo, a primeira providência a ser posta é de separar as sanções previstas e aplicá-las conforme o caso. A perda da função pública, de suspensão dos direitos políticos e da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, são exemplos de comandos sancionadores que não possuem aplicação ao gestor falecido.

Em relação as sanções de cunho reparador, persiste o andamento processual para a condenação do réu a ressarcir o erário pelos prejuízos por ele causados, haja vista a natureza eminentemente reparatória e não sancionatória do ressarcimento ao erário.

Deve os legitimados ativos providenciarem para que o réu falecido seja substituído por seus sucessores, de modo a responderem nos limites da herança a eles transmitida. Após o trânsito em julgado da ação é que estará definido se os herdeiros terão ou não de reembolsar o erário, pretendendo exclusivamente ressarcir os cofres públicos diante da dilapidação ocorrida.

Todavia, as discussões não se esgotam por aqui. Questão interessante que merece análise é a ausência de herdeiro a assumir o polo passivo ou a ausência de patrimônio a ser transferido.

Em relação ao primeiro caso, segue-se as disposições sobre a herança jacente, no artigo 1.819 do Código Civil, em que a mesma ficará sob responsabilidade de um curador, até o reconhecimento e entrega ao sucessor legítimo, ou, declaração de vacância, caso a primeira hipótese não ocorra, em que passará a uma das esferas federativas (Município, Distrito Federal ou à União), conforme prevê os artigos 1.594 e 1.603 do Código Civil.

Eis o magistério de Augusto Cavalcanti sobre a hipótese:

Note-se que, mesmo que não haja sucessores, havendo patrimônio, este comporá a herança jacente e, por fim, passará ao domínio do Município, do Distrito Federal ou da União, conforme os arts. 1.594 e 1.603, inciso V, do Código Civil. (CAVALCANTI, 1999).

A segunda hipótese, não havendo patrimônio, não haverá aos herdeiros a obrigação de ressarcir o erário, pois a responsabilidade de quitação do débito restringe-se ao limite da herança. Mais uma vez merece menção o estudo de Cavalcanti respeito do tema:

A inexistência de patrimônio do de cujus, cumpre assinalar, não extingue o débito e, por conseguinte, não extingue o dever de reparação ao erário, apenas impede a extensão desse dever aos sucessores. Assim, se as contas vierem a ser apreciadas, entendemos que se deva julgar em débito o gestor falecido, não lhe sendo devida a quitação, uma vez que não se extinguiu o débito nem o dever de reparar o dano. Permanecendo tal dever, não há que se declarar o seu adimplemento, não há falar em quitação. Se, posteriormente, vierem a ser encontrados bens pertencentes ao falecido, não haverá empecilho a que se possa, em processo de execução, buscar-se o ressarcimento ao erário. Tal situação poderá, oportunamente, resultar em expedição de quitação a quem recolher o débito e ao gestor falecido. (CAVALCANTI, 1999)

Concluindo, mesmo que o falecido não tenha deixado bens, não se declarará extinto o processo. O passo é aguardar que bens do falecido possam aparecer para que, consequentemente, o adimplemento ocorra.

Outrossim, mesmo na hipótese do falecido deixar bens e já estejam sendo repartidos entre os herdeiros, deverá cada um deles responder a dívida na proporção da quota transferida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou a aplicabilidade das sanções previstas ao agente público falecido no decorrer da ação civil de improbidade administrativa. Inicialmente, discutiu a importância da Lei nº 8.429/92 na proteção aos princípios da Administração Pública e o seu cuidado com a proteção do erário, ressaltou a previsão do tema no plano constitucional. Trouxe à lume as modalidades sancionatórias previstas no referido diploma legal e discorreu especialmente em relação ao dano ao erário.

Em seguida, abordou acerca da hipótese de falecimento do agente público no curso da ação civil de improbidade, refletindo sobre a garantia de reparação do prejuízo sofrido pela Administração Pública. Ressaltou que o falecimento do réu não extingue integralmente a pretensão do Estado de punir o agente público, bem como não é entrave para a recuperação daqueles recursos públicos que foram objeto da atitude ilícita cometida.

Diante do exposto, exsurge que constatada irregularidades na gestão de bens e recursos públicos e proposta a Ação de Improbidade Administrativa, sobrevindo o falecimento do réu, a primeira providência a ser adotada no curso da instrução processual é separar as irregularidades que ensejam ressarcimento ao Erário. Feito isso, a Ação de Improbidade deve prosseguir para que haja ressarcimento ao Erário dos prejuízos causados. Para tanto, o legitimado ativo deverá habilitar os herdeiros do réu falecido, que somente responderão no limite da herança transmitida.

E ainda, nas ações de improbidade administrativa fundadas nos artigos 9º e/ou 10 da Lei n. 8.429/1992, os sucessores do réu, falecido no curso do processo, estão legitimados a prosseguir no polo passivo da demanda, nos limites da herança, para fins de ressarcimento ao erário. O artigo 8º da Lei de Improbidade Administrativa, que disciplina a matéria, não contém ressalvas acerca do momento do óbito como requisito primordial para a sua aplicação.

Com o trânsito em julgado da demanda principal, virá à lume se os herdeiros terão de reembolsar o erário ou não, ocasião em que deverão estar habilitados no processo.

Por fim, caso a herança já tenha sido dividida entre os herdeiros, estes responderão pela dívida proporcionalmente à parte dessa herança transmitida, em conformidade com o disposto no artigo 1.997 do *Codex* civilista.

REFERÊNCIAS

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. *O Princípio da Moralidade Administrativa e seu Controle pela Lei de Improbidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL. *Lei de Improbidade Administrativa*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 81, p. 17-27, jul./set. 1999.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública*: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARCHESANI, Juliana Mara. O falecimento do gestor público e a sua repercussão nos processos do Tribunal de Contas mineiro. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 77, p. 259-275, dez. 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Enriquecimento ilícito de agentes públicos. Evolução patrimonial desproporcional a renda ou patrimônio*. RT 755/94, 1997.

_____. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. Os pressupostos para o deferimento da medida de indisponibilidade de bens na ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, v. 38, n. 224, p. 333-335, out. 2013.

RECEBIDO EM: 05/10/2017
APROVADO EM: 12/01/2018

OS LIMITES DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DIREITO DE REUNIÃO E (A)TIPICIDADE DAS MARCHAS EM DEFESA DA DESCRIIMINALIZAÇÃO DE DROGAS (ADPF N. 187)

THE SUPREME COURT'S LIMITS OF COMPETENCE IN JUDICIAL REVIEW: FREE SPEECH, RIGHT OF ASSEMBLY AND TYPICAL ADEQUACY TO CRIMINAL PRECEPT'S CONDUCT IN THE MARCHES IN DEFENSE OF THE DESCRIIMINALIZATION OF DRUGS (ADPF N. 187)

Jone Fagner Rafael Maciel

Mestre em Constituição e Garantia de Direito (UFRN).

Especialista em Direito Público (UnB). Procuradoria Federal no Estado do Rio Grande do Norte. Procurador Federal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Exposição da discussão: os fundamentos utilizados pelos participantes das marchas da maconha, delimitação das condutas e a controvérsia que motivou a propositura da ADPF nº 187; 2 Parâmetros de aferição; 2.1 Liberdade de manifestação do pensamento; 2.2 Direito de reunião; 2.2.1 A licitude do propósito vs violênci como propósito; 2.2.2 Violência por terceiros; 2.2.3 Armas e demais requisitos procedimentais; 3 Questões a serem respondidas; 4 Decisões judiciais que criminalizaram as Marchas da Maconha: Área de proteção e intervenção na

área de proteção do direito à expressão do pensamento e de reunião; 4.1 Apologia de fato criminoso ou autor de crime. Bem jurídico protegido. Elementos do tipo. (In)Adequação típica da conduta; 4.1.1 Situação 1: discussão pertinente à questão ligada à política de enfrentamento; 4.1.2 Situação 2: discurso em defesa das condutas conexas ao uso da droga [finalidades medicinal, econômica e/ou recreativa]; 4.2 Atipicidade e juízo infraconstitucional; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho perscruta, a partir da análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187 pelo Supremo Tribunal Federal, que tratou da criminalização da conduta dos participantes e/ou promotores das marchas da maconha em face da proteção conferida pelo direito à liberdade de manifestação [art. 5º, IV] e de reunião [art. 5º, XVI], se de fato se fazia necessário o exame da constitucionalidade em abstrato do artigo 287 do Código Penal [apologia ao crime], ou se a questão poderia ser resolvida apenas pela ausência de adequação típica das condutas ao preceito penal, de modo que este, ao não comportar a interpretação que se lhes emprestavam determinados órgãos jurisdicionais, prescindiria, por desnecessária, da declaração de nulidade parcial sem redução de texto que resultou do julgamento da ação, o que, se ocorrido, evidenciaria a invasão pelo STF de competências de outros órgãos jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade. ADPF. Direito de Reunião e de Manifestação.

ABSTRACT: This paper scrutinizes, from the trial's analysis of the Claim of Breach of Fundamental Precept #187 by the Supreme Court, which addressed the conduct's criminalization of participants and/or promoters of marijuana marches in face of the protection conferred by the right to freedom of demonstration [Art. 5, IV] and assembly [Art. 5, XVI], whether indeed it was necessary to examine the constitutionality in the abstract of Article 287 of the Criminal Code [apology to crime], or whether the issue could be resolved just by the absence of typical adequacy to criminal precept's conduct, so that, while it do not includes the interpretation that certain courts lent to it, it would prescind, as unnecessary, the declaration of partial nullity without reduction of the text resulting from the lawsuit's trial, which, if occurred, would demonstrate the Supreme Court's invasion of other courts' sphere of competence.

KEYWORDS: Control of Constitutionality. Claim of Breach of Fundamental Precept. Right to Freedom of Demonstration and Assembly.

INTRODUÇÃO

Tema de discussão incessante, as marchas em defesa da legalização da maconha estiveram há bem pouco tempo no centro do debate nacional, sendo alvo de grandes discordâncias sociais pertinentes à permissibilidade de sua ocorrência, uma vez que os promotores e participantes se fundavam na possibilidade de sua realização, por ser exercício do direito à liberdade de expressão do pensamento e de reunião, protegidos pelo art. 5º, IV e XVI, da Constituição Federal, enquanto alguns órgãos estatais entendiam que a danosidade inerente a tudo que, de alguma e qualquer maneira, pudesse ser associado às drogas seria causa de perturbações sociais e, portanto, para o caso das marchas, *penalmente* vedadas.

Nesse cenário, ações foram propostas contra e em defesa da marcha em si ou dos seus participantes, tendo havido decisões proibindo a sua realização e, outras, permitindo a sua ocorrência ou garantindo o direito de ir e vir dos participantes¹, culminando com a proposição pela Procuradoria-Geral da República da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 187. Essa ação foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal para dar ao preceito contido no art. 287 do Código Penal *interpretação conforme* a Constituição, de tal sorte a excluir qualquer exegese que pudesse dar ensejo “à criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, *inclusive* através de manifestações e eventos públicos” [grifo consta do original].

Contudo, indaga-se se o mérito da pretensão veiculada ensejaria efetivamente a análise da constitucionalidade do preceito ou apenas da interpretação a ele conferida pelos Juízes e Tribunais brasileiros e, em especial, quanto a esse último ponto, se a questão resolver-se-ia pela simples verificação de se a conduta daqueles que promoveram ou integraram as manifestações públicas em defesa da legalização da *cannabis* enquadrar-se-ia objetivamente no tipo descrito no art. 287 do Código Penal. Isso porque, em se esgotando essa análise na atipicidade da ação, não se faria necessário proferir um juízo redutor de uma interpretação que não se

¹ Indicativos, como exemplificação, os processos nº 0101324-53.2011.8.26.0000; 0100202-05.2011.8.26.0000; 0100200-35.2011.8.26.0000; 990.10.235543-8, todos do Tribunal de Justiça de São Paulo (consultas feitas no site do Tribunal de Justiça de SP, mediante inserção de termos direcionados às marchas. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 01 set. 2015) contrários à realização das marchas; e os processos nº 70030025068 e 70036928334, ambos do TJRS, favoráveis, ao menos em sede liminar, uma vez que o mérito restou prejudicado pelo esgotamento do objeto (consultas feitas no site do Tribunal de Justiça do RS, mediante inserção de termos direcionados “marchas da maconha”. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 01 set. 2015).

encontrava contida nos limites da disposição penal em análise, uma vez que, antes de avaliar a constitucionalidade do preceito em tese, faz-se necessário verificar se a conduta considerada criminosa pelo tipo foi efetivamente realizada.

Assim, de modo a avaliar a correção da argumentação desenvolvida pela Suprema Corte no julgamento da referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, procederemos ao exame segundo as linhas argumentativas acima alinhavadas, mediante a descrição da conduta dos promotores e integrantes das marchas em defesa da maconha, de modo a verificar os fundamentos que se afigurariam determinantes para o julgamento da ação: se a subsunção da conduta ao preceito contido no art. 287 do Código Penal, ou se a necessidade de promover a análise da constitucionalidade do preceito e da interpretação a ele conferida. Esse proceder demandará a fixação dos contornos normativos pertinentes à área de proteção do direito de reunião e liberdade de manifestação, as eventuais intervenções e, em havendo, suas respectivas justificações constitucionais.

1 EXPOSIÇÃO DA DISCUSSÃO: OS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELOS PARTICIPANTES DAS MARCHAS DA MACONHA, DELIMITAÇÃO DAS CONDUTAS E A CONTROVÉRSIA QUE MOTIVOU A PROPOSITURA DA ADPF Nº 187

No sítio mantido pelo coletivo autodenominado *marcha da maconha* foi possível encontrar os motivos que levaram um grupo de cidadãos de vários cantos do país² a se mobilizarem pela discussão pertinente à proibição, mediante a incriminação, de condutas propiciadoras do uso da maconha, podendo de sua carta de princípios³ extrair, já de início, que a proposta apresentada seria a de “levantar a proibição hoje vigente em nosso país em relação ao plantio e consumo da *cannabis*, tanto para fins *medicinais* como *recreativos* [grifos acrescidos]”. No mais, sustentam que a política proibicionista nacional e internacional seria um fracasso, por conta do custo elevado de inúmeras vidas humanas, argumentando, por fim, que “o potencial econômico dos produtos feitos de cânhamo deve ser explorado, especialmente quando isto for adequado sob o ponto de vista ambiental”.

² As representações em diversos locais são indicadoras da abrangência dos grupos de discussão, como se pode ver no endereço: <<http://blog.marchadamaconha.org/quem-somos>>. Acesso em: 01 set. 2015.

³ Disponível em: <<http://blog.marchadamaconha.org/carta-de-principios-da-marcha-da-maconha-brasil>>. Acesso em: 01 set. 2015.

Em sede de conclusão, sustentam que não estariam fazendo qualquer apologia ou incentivo ao uso de qualquer droga, pois apenas visariam a derrubada da proibição.

Defendem sua atuação com base no fato de a Constituição a todos garantir a liberdade de expressão [manifestação], tendo ainda em mente participarem ativamente das decisões políticas mediante a proposição do debate, para que as leis sejam elaboradas em sintonia com a evolução da sociedade. Para tanto, sustentam a necessidade de promoção de manifestações públicas [direito de reunião] pela legalização da *cannabis*, dentre outras ações.

Dessas proposições infere-se que os participantes ou promotores das manifestações em comento lançaram dúvidas tanto em relação à política estatal voltada à questão das drogas, embora mais especificamente à maconha, pois consideraram a forma de enfrentamento inidônea para o fim pretendido, mas também promoveram a *defesa do uso da substância em si*, independente do menor ou maior altruísmo pertinente à sua destinação [fins medicinais, econômicos ou meramente recreativos]. Com isso, é possível promover uma divisão precisa das condutas, sendo a primeira (a) voltada especificamente à questão da opção política adotada pelo Estado de como lidar com as drogas, ou seja, da presteza ou não dos meios em vigor em vista da finalidade perseguida; já a segunda (b) refere-se à defesa do uso em si da substância, seja para fins medicinais, econômicos ou de mero deleite, de modo que, para essa, o pano de fundo se volta ao direito geral de liberdade.

Com base nesses discursos, ações judiciais foram propostas, seja para vedar a ocorrência de marchas em defesa da legalização da *cannabis* – e decisões foram proferidas nesse sentido –, seja para permitir sua ocorrência ou mesmo garantir não especificamente o exercício do direito de reunião, mas o de liberdade individual [ou mais especificamente, o de liberdade de manifestação do pensamento], por força da impetração de *habeas corpus*, ações essas que geralmente tinham o seu seguimento prejudicado tão logo ocorridas as marchas ou ultrapassada a data prevista sem que houvesse sido realizadas.

Em razão da controvérsia gerada pela concepção pertinente à vedação da realização das marchas, pois se estaria, em tese, promovendo a apologia de conduta tipificada no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, o que faria incidir a proibição contida no art. 287 do Código Penal, ou a sua permissibilidade em razão da garantia do direito à livre expressão do

pensamento e ao de reunião, constantes, respectivamente, do art. 5º, IV e XVI, da Constituição Federal, a Procuradoria-Geral da República, propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187. Nela, postulou ao Supremo Tribunal Federal que fosse dado ao preceito constante do Código Penal *interpretação conforme a Constituição* para dele excluir “a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”⁴. [o grifo consta do original].

Foram essas as questões levantadas e postas à apreciação do STF para julgamento, o que demandaria da Corte a fixação do(s) parâmetro(s) de avaliação a ser(em) aplicado(s) e que deveria(m) guiar a análise de todos os Ministros, pois a divergência aceitável dar-se-ia [ou deveria se dar] em relação ao resultado pertinente ao que cada um dos juízes constitucionais decidiu, mas não em relação ao ponto de partida [parâmetros do julgamento: dispositivos constitucionais específicos] que guiaria a apreciação da causa.

2 PARÂMETROS DE AFERIÇÃO

Delimitadas as ações do Poder Público consideradas, pela Procuradoria-Geral da República, intervenientes em direitos fundamentais, e indicando os promotores e participantes das marchas que estariam protegidos pelo que lhes garantem o direito à livre manifestação do pensamento [art. 5º, IV, CF] e de reunião [art. 5º, XVI, CF], o mesmo fazendo a PGR quando da propositura da ação⁵, essa circunstância suscitaria a possível concorrência de parâmetros constitucionais (DIMOULIS;

4 Interessante que a ADPF proposta teve por fundamento normativo o que consta do caput do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, sendo, pois, uma ação autônoma, e não incidental (conforme consta do inciso I do art. 1º da lei citada), tal como arguido pela PGR e ratificado pelo relator, Min. Celso de Mello, que aduziu não se ligar a ação a uma situação concreta específica. Essa afirmação, contudo, deve ser lida de forma a indicar, apenas e tão somente, que foi ela proposta não para obter a resolução da questão constitucional e que seria prejudicial ao mérito de uma demanda determinada em curso nos juízos inferiores, em virtude do fato de a pretensão deduzida ter por objeto a redução de situações de aplicação em decorrência da interpretação dada pelos Juízes ao art. 287 do CP, de modo que, segundo interpretação conferida pela literatura jurídica, seria o caso de não de uma interpretação conforme a Constituição, mas sim de uma declaração de nulidade parcial sem alteração do texto.

5 A PGR suscitou, além dos parâmetros constantes do art. 5º, IV e XVI, da Constituição, os direitos garantidos pelo inciso IX do artigo 5º (liberdade artística) e art. 220 (liberdade de comunicação), parâmetros impertinentes para análise da situação proposta, pois os preceitos indicados têm por objeto situações diversas daquela exprimida pelos participes das marchas, que suscita apenas a possível concorrência entre os dois incisos do artigo 5º indicado no início (IV e XVI). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=2691505>>. Acesso em: 01 set. 2015.

MARTINS, 2014, p. 169). para análise da intervenção procedida pelo Poder Público, resultando na necessidade de se averiguar se essa concorrência seria *aparente ou real*.

Como muitas das decisões judiciais proibiram a realização das marchas, ainda que partindo do pressuposto da tipicidade da conduta de quem as promovessem ou a elas aderissem [portanto, uma conduta individualizada], resultaria inegável que a intervenção recairia fortemente no direito de reunião protegido pelo art. 5º, XVI, da CF/88, sendo esse, pelo menos nessas situações descritas [proibições de reuniões], o parâmetro a determinar o exame de constitucionalidade a ser empreendido pelo STF.

Ocorre que a ação proposta pela PGR teve por objeto dar ao art. 287 do Código Penal *interpretação conforme a Constituição*, ao fundamento de não se afigurar criminosa a conduta daqueles que, em reunião ou *individualmente*, promovessem atos em defesa da legalização das drogas. Assim, partindo da concepção de que um dos fundamentos da ação foi a violação a preceito fundamental causado por eventuais decisões que viessem a criminalizar a conduta de quem defendesse a *legalização da maconha* com fulcro na suposta apologia de fato criminoso, ter-se-ia no caso a impossibilidade de exposição do pensamento, e não, pois, proibições pertinentes à reunião em si, de modo que o parâmetro do exame de constitucionalidade seria, para essa situação, o que consta do art. 5º, IV, CF.

E, de fato, essa deveria ser uma análise a efetivar-se, uma vez que os manifestantes desejavam não apenas reunir-se para externar uma ideia comum pertinente à determinada política estatal, de modo que intervenções externas, principalmente provindas do Estado, não obstaculizassem o direito à expressão de seus pensamentos de *forma reunida* com outras que comungavam o mesmo interesse, mas também queriam não ser *individualmente incriminados* pelo fato de estarem expondo em público uma opinião crítica pertinente a como o Estado lida ou deveria lidar com a questão da criminalização da produção e comércio da maconha.

Em consequência, o fato de a pretensão exercida em sede de controle abstrato ter se voltado também para possíveis incriminações individuais, a concorrência deixaria de ser *aparente*, passando a ser *real*, demandando a análise pertinente à área de proteção tanto do direito à liberdade de manifestação do pensamento (MARTINS, 2005, p. 527), como do direito de reunião.

2.1 LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

O art. 5º, IV, da Constituição Federal, prescreve que é *livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*, preceito de relevada importância para caracterização democrática de determinado regime (DIMOULIS; MARTINS, PETTIT, 2014, 2003, p. 267; p. 370-384), dada sua função propiciadora do fomento ao debate e ao livre curso de ideais e, portanto, instrumento viabilizador da participação popular nos assuntos de interesse público.

Essa prescrição permite antever a amplitude do recorte social que teve por objeto o constituinte quando tratou da liberdade da exposição de ideias, tanto que fez com que a área de proteção coincidisse [quase ou completamente] com a própria área de regulamentação do direito (CANÁRIO, 2016), ao não fazer constar nenhuma limitação respeitante ao conteúdo do pensamento e à sua exposição, seja na descrição da garantia constante do *texto normativo*, seja mediante a não especificação, nele, de ordem ao legislador para que procedesse à limitação quanto a esse aspecto conteudístico.

Isso porque o que considerou o constituinte *diretamente* não protegida, no que pertine à livre expressão do pensamento, foi a possibilidade de tornar sigilosa a identidade do autor da opinião difundida (MARTINS, 2012, p. 251-252), ou seja, de encobrir aquele que promoveu a exteriorização de suas ideias, isso em razão da possibilidade de essa exposição poder vir a colidir com direitos de terceiros, cujo exercício pressuporia a necessária ciência quanto ao autor do pensamento manifestado, de forma a possibilitar a efetivação do direito de resposta (MARTINS, 2012, p. 219), mas, principalmente, o direito à proteção ou reparação aos direitos de personalidade eventualmente atingidos [dano moral ou à imagem] e aos prejuízos econômicos causados [danos materiais], tendo em vista a proteção contida nos incisos V e X, ambos do art. 5º, da Constituição Federal.

De toda forma, percebe-se que o anonimato que o constituinte não concedeu proteção não interfere no conteúdo do direito à liberdade do pensamento, pois cuida apenas de atribuir ao seu autor a responsabilidade pelo exercício do direito em vista dos possíveis danos que vier a causar, ou garantir a quem eventualmente tenha sua esfera jurídica atingida o direito de resposta. Dessume-se, desse modo, haver a previsão de uma proteção a direitos da personalidade a partir do efeito decorrente do pensamento manifestado [p. ex.: direito de resposta], mas não uma intervenção limitadora e direta no conteúdo normativo deste [direito à manifestação do pensamento] de modo a obstar o seu exercício.

Encontra-se o direito, assim, garantido de forma bastante ampla, tendo os brasileiros e estrangeiros aqui residentes a faculdade não apenas de formularem suas próprias ideias ou juízos de valor sobre quaisquer coisas, mas, principalmente – e aqui se encontra o cerne da garantia –, o de as exporem, não podendo o Estado, em princípio, fixar limites decorrentes de valores sociais eventualmente considerados dominantes, moralmente aceitos ou defensáveis [*mainstream*], pois a correção ou o bom tom do conteúdo da opinião expressada não foram alçados a requisitos do exercício do direito (MARTINS, 2012, p. 215).

Poderia o constituinte ter delimitado de forma mais restrita o conteúdo ou, melhor dizendo, a área de proteção do direito à liberdade de manifestação, ou mesmo imposto ao legislador infraconstitucional a tarefa de promover restrições ao seu conteúdo. Isso é o que ocorre, por exemplo, na Lei Fundamental Alemã, que em seu art. 5, I, primeiro período, traz a previsão pertinente à liberdade de opinião, conferindo aos titulares do direito de expressarem e divulgarem livremente seu pensamento por via oral, por escrito ou imagem, tendo, contudo, no parágrafo II *do mesmo art.* 5, previsto que o direito em si encontra limites nas leis gerais, nos regulamentos legais para proteção da juventude e no direito de honra pessoal⁶. Ressalte-se que essas restrições previstas pela atuação normativa do legislador ordinário sofrem a influência recíproca das disposições constitucionais [*limite dos limites*].

Ocorre que embora o constituinte brasileiro não tenha promovido a prévia delimitação da área de proteção do direito à liberdade de manifestação do pensamento ao não prescrever reservas legais – simples ou qualificadas –, intervenções em seu âmbito de proteção podem, todavia, ocorrer, não obstante somente se justifiquem a partir da análise do direito constitucional de colisão (MARTINS, 2012, p. 169 ss) (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 218-219). Assim, ainda que seja possível proceder a uma restrição do direito constitucionalmente garantido, o ônus de justificação da restrição imposta se expande, devendo essa análise proceder, necessariamente, a uma *interpretação sistêmica* das normas integrantes do texto constitucional [*como, por exemplo, as constantes do art. 5º, V e X, CF*], bem como do princípio da proporcionalidade (em sentido estrito), (DIMOULIS; MARTINS, 2014, 2012) mediante a análise da adequação do meio utilizado em vista da finalidade perseguida e da necessidade da medida (MARTINS, 2012).

⁶ Lei Fundamental alemã. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

Dessa forma, uma intervenção restritiva na área de proteção do direito à liberdade de manifestação do pensamento, por força de uma interpretação sistemática, em decorrência de uma barreira normativamente identificávelposta por outro interesse constitucionalmente tutelado (p. ex.: art. 5º, VI, CF), pode vir a interferir especificamente no aspecto conteundístico do direito fundamental e encontrar uma justificação constitucional. Mas, como visto, a análise dessa restrição ou intervenção estatal remete a aspectos ligados a momento distinto: no caso, pertinente à verificação da *intervenção* na área de proteção do direito e sua *justificação* constitucional e, não, pois, na delimitação de sua área de proteção *prima facie*.

É possível, assim, conceber que o direito à livre manifestação do pensamento, em vista de sua alargada área de proteção, tal como fixada pelo constituinte originário, protege a exposição de ideias, sem que haja *prima facie* qualquer restrição pertinente ao conteúdo da manifestação do pensamento a ser exprimido, de modo que ainda que a ideia manifestada encontre forte repulsa social, esse sentimento de aversão só por si não basta para que se considere ela (a ideia exposta) como fora da área de proteção do direito tutelado pelo art. 5º, IV, CF. No que tange a eventuais choques do exercício desse direito com bens jurídicos coletivos ou direitos de terceiros, tal controle é remetido a momento posterior, pertinente à verificação da justificação de uma intervenção legislativa, executiva (administrativa) ou mesmo judicial, na razão direta dos limites decorrentes da interpretação sistemática a ser procedida (MARTINS, 2012, p. 216).

Portanto, a ação daqueles que expõem sua opinião ou juízo de valor respeitante à (i) forma como o Estado lida com as drogas no que se refere especificamente à política repressiva adotada e sua inadequação, ou (ii) mesmo para verem determinada droga ser liberada para fins medicinais, comerciais ou apenas de puro deleite insere-se no âmbito do protegido pelo preceito constante do art. 5º, IV, da Constituição Federal.

2.2 DIREITO DE REUNIÃO

O artigo 5º, XVI, da Constituição Federal prescreve que todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, por força da delimitação do *caput*, podem reunir-se *pacificamente, sem armas*, em locais *abertos ao público, independentemente de autorização*, desde que *não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local*, sendo apenas exigido *prévio aviso à autoridade competente*. Assim, o constituinte terminou por promover uma descrição do âmbito de proteção do direito de reunião de forma mais detalhada do que em relação a outros direitos fundamentais,

ao dispor que nem toda reunião será considerada constitucionalmente garantida, mas apenas aquela que preencher o pressuposto atinente à pacificidade, que se qualifica mais ainda pela vedação ao porte de armas pelos participantes, fixando, ainda, alguns requisitos pertinentes à forma de exercício do direito, que seria a não frustração de outra já marcada para o mesmo local, exigindo-se, ainda, a prévia comunicação à autoridade competente quanto à sua realização.

Por conseguinte, a área de proteção (AP) do direito está delimitada pelos termos *reunião, pacificamente e sem armas*, não sendo elementos definidores seus (da AP) os requisitos procedimentais (BRANCO; PIEROTH; SCHLINK, 2013, p. 307, 2012, p. 343) constantes da parte final do inciso XVI do art. 5º (*não frustração de outra e prévio aviso*).

Vê-se, assim, que não obstante a maior especificação do âmbito de proteção do direito à liberdade de reunião, ao prever condicionantes para a garantia do seu exercício, não fez constar o legislador constituinte uma reserva legal simples ou qualificada, o que faz incidir as mesmas observações acima indicadas, pertinentes ao direito à liberdade de manifestação do pensamento, de modo a ser possível a fixação de restrições com base no direito constitucional de colisão, de forma que a interpretação sistemática do texto constitucional pode permitir a fixação, pelo legislador ordinário, de delimitações respeitantes ao exercício do direito. Está o legislador, todavia, vinculado fortemente ao dever de justificação do detalhamento normativo que promulgar.

O fato de estarmos a tratar de um direito fundamental de natureza negativa, garantidor, pois, de um direito de resistência do cidadão em face de uma interferência estatal em sua esfera de liberdade (PIEROTH; SCHLINK; SARLET, 2012, 2014, p. 115, p. 529), para cujo exercício não se faz necessária normatização regulamentadora, não desagua na consideração pertinente à impossibilidade de se fazê-lo (MARTINS; SARLET, 2016, 2014, p. 529). Isso se demonstra pela possibilidade de ação do legislador ordinário em fixar: a forma pertinente à notificação prévia da autoridade competente; as providências a serem desenvolvidas pelos órgãos de segurança pública quanto à viabilização da ocorrência da reunião e da possibilidade de ação policial (ex.: atuação para retirar pessoas que estejam a causar ilícitos; que estejam perturbando o exercício do direito pelos participantes da reunião) (MARTINS, 2012, p. 531); a organização, de modo a viabilizar a reunião e o direito de ir e vir dos demais cidadãos etc.

Todavia, para a questão em análise, o que mais interessa saber é o que pode ser considerado como próprio ao exercício do direito de reunião,

ou seja, o que qualifica a junção de várias pessoas como tal, bem como a proteção da liberdade de veiculação de ideias, pois a apresentação de respostas a esses questionamentos permitirão fixar de forma mais precisa o parâmetro constitucional de análise da situação debatida pela Corte Suprema brasileira no julgamento da ADPF nº 187. Isso passa, necessariamente, pela definição da área ou âmbito de proteção do direito de modo a saber se determinado evento estaria ou não nele inserido (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 135), pois, ao estar, e a depender da existência de reservas legais, simples ou qualificadas, ou mesmo da análise de direitos colidentes, haveria de se averiguar a justificação constitucional da intervenção estatal eventualmente procedida (MARTINS, 2013, p. 285-286).

Há consenso pertinente ao fato de que não é qualquer junção de pessoas que se pode considerar como uma reunião protegida pelo disposto no art. 5º, XVI, CF, tornando necessária para sua configuração a existência de um elo entre os participantes [elemento subjetivo] quanto ao propósito de estarem reunidos em torno de uma finalidade específica [elemento teleológico] (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 333-334) (TAVARES, 2014) (MENDES; BRANCO; COELHO, 2008) (HESSE, 1998) (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014), ainda que possam haver desacordos quanto às motivações individuais⁷.

Faz-se, ainda, uma estreita conexão material entre o direito de reunião e o de manifestação (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 333), tanto que se chega a afirmar que aquele seria a expressão do exercício coletivo deste último, bem como é indicado um propósito, em regra político, pertinente ao seu exercício (PIEROTH; SCHILINK, 2012, p. 334-335), de modo a indicar a ação da população em promover o controle e/ou a crítica da atuação do Estado ou de aspectos ou situações presentes na sociedade [local, regional, nacional, mundial]; a proposição de ideias e a manifestação de pautas reivindicatórias, estando quase sempre essas ações endereçadas aos meios formais da burocracia estatal – embora não só a eles –, com vistas a influir na tomada de decisões públicas.

Seria, assim, essa unidade de propósitos de quem pretende expressar sua opinião coletivamente, por meio de palavras, símbolos ou só por sua presença física que qualifica essa (re)união de pessoas como constitucionalmente protegida.

O segundo elemento definidor do âmbito do protegido pelo art. 5º, XVI, CF, reporta-se ao sentido normativo do advérbio *pacificamente*. E, aqui, três se apresentam como possíveis: o primeiro, voltado ao aspecto interno resultante

⁷ As manifestações ocorridas no Brasil no ano de 2013 bem demonstram a desnecessidade de uma identidade de pautas.

das condutas daqueles que dela estão a participar; o segundo, concernente ao propósito da manifestação veiculada pelos que estão reunidos; e, por fim, e com o segundo diretamente vinculado, o efeito causado em terceiros por razão das ideias expostas, que podem ser insuflados ao cometimento de ações violentas, pois uma determinada reunião pode ser exercida pacificamente por aqueles que dela participam, mas sua finalidade seja exatamente a de que terceiros cometam, *de forma violenta*, atos normativamente proibidos.

Lexicamente se comprehende o advérbio pacificamente como sendo aquela ação que se realiza de forma calma, tranquila, sem violência. No primeiro sentido aventado logo acima, se nos é apresentado o termo com uma relação de pertinência interna, de modo a avaliar a conduta daqueles que estejam reunidos em público, independente do conteúdo da manifestação ou das ideias propugnadas, dada a possibilidade de uma reunião com veiculação de pautas ilícitas [v.g.; instigação ao cometimento de homicídio em face de pessoas ou grupos] ocorrer de forma ordeira e pacata. Ou seja, a prática de violência estaria vinculada aos atos físicos externados por aqueles que participam da reunião e cujos resultados poderiam a eles ser imputados diretamente como obra sua [v.g.: quebra de bens privados ou públicos; lesões corporais; homicídios etc.].

Assim, e em uma primeira análise, reuniões que promovam a prática de *ações violentas por seus membros*, independentemente de todos as realizarem, estariam fora da área de proteção e, portanto, seriam constitucionalmente vedadas, por constituir um recorte promovido pelo constituinte quanto àquilo que entendeu indigno de ser garantido. A *contrário*, reuniões cujas ações de seus integrantes forem pacíficas seriam, em um primeiro momento, protegidas pelo art. 5º, XVI, CF.

Diz-se protegidas em um primeiro momento, pois entram em cena o segundo e terceiro sentidos, concernentes à licitude do propósito e ao efeito causado em terceiros em razão das ideias expostas e que podem insuflá-los ao cometimento de ações violentas.

2.2.1 A LICITUDE DO PROPÓSITO VS VIOLÊNCIA COMO PROPÓSITO

Na literatura jurídica é possível verificar a indicação de que a licitude do propósito seria um requisito que embora não expressamente previsto na Constituição, seria ao direito em análise inerente, dada a impossibilidade de o sistema jurídico anuir com contradições internas pertinentes à permissão e proibição de uma mesma conduta. Essa construção, todavia, atrai problemas de ordem dogmática (MARTINS, 2013. p. 285-286) e, conseguintemente, de aplicação prática, na medida em que promove a definição do âmbito

de proteção do direito de reunião mediante a utilização de elemento não expressamente constante do enunciado normativo [licitude do propósito], e cuja pouca densidade semântica termina por ampliar a possibilidade de intervenção estatal, limitando, com isso, o âmbito de liberdade de ação do cidadão.

Fixamos antes que o propósito de uma reunião, em geral, é a promoção, pelos cidadãos, do controle e crítica da atuação do Estado [ou mesmo da sociedade], mediante a proposição de ideias e a manifestação de pautas reivindicatórias, estando quase sempre essas ações endereçadas aos meios formais da burocracia estatal – embora não só a eles –, com vistas a influir na tomada de decisões públicas. E muitas vezes esses propósitos podem ter por meta a alteração da atuação do Estado quanto a condutas que são consideradas criminosas [v.g.: aborto eutanásia, drogas etc.], podendo, ainda, serem ofensivas ao sentimento de moralidade comum, e, portanto, fator de grande comoção social. Nessas hipóteses, o propósito seria lícito ou ilícito, tendo em vista o fato de as pautas reivindicatórias poderem se voltar para condutas normativamente proibidas ou para aquelas que não são consideradas conformes ao pensamento majoritário ou preponderante em uma específica sociedade?

Percebe-se, nessa singela indagação, que a indicação simplista de que a licitude do propósito estaria inserido no conteúdo da *área de proteção do direito*⁸, tendo em vista não só a sua ausência expressa no enunciado normativo, como também pela baixa densidade semântica. Tal proceder terminaria por desconfigurar a regulação procedida pelo constituinte em razão de o recorte por ele promovido ter se dirigido especificamente àquelas reuniões *violentas* e/ou que seus integrantes estejam portando *armas*, inserção que promoveria a possibilidade de uma maior intervenção estatal e, com isso, a diminuição do âmbito de liberdade protegido.

Contudo, indaga-se se o advérbio de modo *pacificamente* poderia repelir reuniões cuja prática de violência fosse o propósito daqueles que estão reunidos, seja por anuírem ou estarem acordes com a sua prática em qualquer instante, ou mesmo na hipótese em que a conduta dos seus membros embora não fosse violenta [compreendendo aqui o termo limitadamente, em razão da utilização de meios não violentos: exposição de cartazes, carros de som etc.], influísse decisivamente para a prática

⁸ De se recordar que estamos a tratar da área de proteção, de modo a avaliar o que pode ser considerado nela inserido, em específico ao termo “pacificamente”, e não, pois, de eventuais intervenções na área de proteção que devem e são avaliadas em momento subsequente, mediante a avaliação de sua justificação constitucional.

de atos não pacíficos por terceiros. Ou seja, que estes atos de violência decorressem do efeito *direto* e *necessário* do instigamento causado pelas ideias expressadas pelo movimento coletivo daqueles que se encontravam reunidos. Nesse caso, a reunião poderia ser dissolvida pelo efeito causado em terceiros que a ela não integravam pela contrariedade à pacificidade exigida pelo art. 5º, XVI, CF, ou essa dissolução se ancoraria não no texto do dispositivo, e, portanto, da definição do seu âmbito de proteção, mas quando da verificação da justificação intervenção procedida?

Parece aqui residir uma diferença, pois se a licitude do propósito não é elemento definidor da área de proteção, a violência como propósito passa a configurar a área de proteção, a merecer, portanto, uma análise mais detida, eis que entra em cena a questão pertinente à aceitação da violência pelos organizadores ou participantes de uma reunião, ou seja, naquelas situações em que os seus integrantes estão de acordo com a prática de violência, pontuais ou generalizadas, por entenderem, expressa ou coniventemente, que esses atos são indissociáveis⁹ do próprio conteúdo da ideia disseminada.

Isso porque a aceitação de que atos de violência sejam praticados, em razão de uma eventual indissociabilidade destes em relação ao conteúdo das ideias que se visa colocar em debate público, seria suficiente para também considerarmos essa reunião não pacífica e, portanto, constitucionalmente vedada (PIEROTH; SCHILINK, 2012, p. 338), embora tenhamos na situação uma linha tênue pertinente à possibilidade de dissolução.

E essa tenuidade gera ônus aos órgãos estatais de demonstrarem, com base em dados concretos, indicadores de que a violência¹⁰ constitui um dos propósitos da reunião e que será utilizada, bem como que seus

9 “Não se pode dizer que alguém é do grupo Black Blocs, já que se trata de uma estratégia de ação. Ainda que seja adepta da violência nas manifestações, a pessoa pode variar suas atitude (sic) conforme a situação. As ações nas ruas podem ser de resistência e pacifistas, conforme a necessidade. O integrante de um coletivo, por exemplo, pode usar essas diferentes formas de ação de acordo com o protesto”, explica um integrante do coletivo Desentorpecendo a razão, que pediu para não se identificar”. Trecho retirado da matéria disponível em: <http://blogs.portalnoar.com/fatorrrh/violencia-e-anarquia-sao-as-armas-dos-black-blocs/#>. Acesso em 05 set. 2016. Cf. ainda: <http://ihu.unisinos.br/?catid=0&id=535892>. Acesso em 05 set. 2016. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-black-bloc-e-a-resposta-a-a-violencia-policial-1690.html>. Acesso em 05 set. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/nas-franjas-do-black-bloc-9534183>>. Acesso em: 05 set. 2016. Disponível em: <http://www.algoadizer.com.br/edicoes/materia.php?MateriaID=1161>>. Acesso em: 05 set. 2016. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/politica/black-blocs-a-origem-da-tatica-que-causa-polemica-na-esquerda.html>>. Acesso em: 05 set. 2016.

10 Violência aqui entendida como aquela real, e não, pois, meros atos que gerem desconforto por irem de encontro à costumes, crenças, ideologias etc.

organizadores, nas situações em que eles existam, ou mesmo grande parte dos seus participantes, estariam cientes e acordes com a prática de violência por quem a integre. Esse ônus decorre da própria função do direito [liberdade negativa], de servir como barreira à intervenção do Estado, bem como por sua dimensão objetiva que ao Poder Público determina a promoção de atos em defesa de sua realização [da reunião], seja em razão da cooperação entre autoridades estatais e participantes para sua ocorrência (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 532), seja quanto à proteção dos participantes pertinente a atos de terceiros que eventualmente a perturbem, uma vez que “as medidas de polícia são – ou devem ser – em primeiro lugar protetoras da liberdade de reunião” (ISRAEL, 2005, p. 577).

Assim, na ausência de dados concretos evidenciadores da aceitação da prática de atos de violência pelos organizadores e/ou participantes, a reunião não poderá ser dissolvida, pois, ainda que haja dúvida sobre o fato, a regra hermenêutica indica que a interpretação deve ser feita *pro libertate*.

2.2.2 VIOLÊNCIA POR TERCEIROS

Na hipótese de a violência ser de terceiros não integrantes da reunião, a proibição poderia se dar, do mesmo modo, pela vedação decorrente do advérbio de modo constante do preceito constitucional, que embora deva ser interpretado restritivamente por se tratar de exercício de direito fundamental, por ele é comportada sem que lhe desvirtuem os limites decorrentes do sentido possível. Isso em razão de a não violência e, portanto, necessária pacificidade, comportar um espectro não apenas interno, dos que estão a participar diretamente da reunião, mas também externo, ou seja, dos efeitos *direitos* e *necessários* que as ideias expostas pela reunião causem em terceiros, sendo, pois, o seu estopim.

Isso em razão de a pacificidade ser condição exigida não só em relação à conduta daqueles que estejam a participar diretamente da reunião, como em relação ao fato de eventualmente ter a violência como um dos seus propósitos, pois a ação de, ainda que calmamente, insuflar outros ao cometimento violento de ilícitos não se insere no sentido que se pode entender possível em relação ao termo pacificamente (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 339).

É importante ressaltar que atos de violência podem ser praticados por terceiros com base naquilo que foi ou está sendo manifestado em uma reunião, circunstância que, todavia, não a torna constitucionalmente desprotegida. Com efeito, uma determinada pauta sustentada em uma

reunião pode desencadear, em terceiros, sentimento de revolta que eventualmente pode resultar na prática, por eles, de atos de violência. Todavia, essa exclusão da área de proteção ocorrerá apenas quando a prática de violência por terceiros seja o seu fundamento, o propósito específico da própria reunião.

Como dito antes, o que qualifica uma junção de pessoas como uma reunião constitucionalmente protegida é a existência de um propósito reivindicatório comum, embora não necessariamente unitário, de modo a trazer ao debate público pontos de vista pertinentes a aspectos da vida em sociedade. Se, contudo, as ideias disseminadas tiverem por finalidade a prática de *atos de violência*, ou tiver grande propensão em fazê-lo por estarem os seus participantes acordes, ainda que por terceiros a ela estranhos, mas como uma causa dela dependente, *direta e necessariamente*, a garantia constitucional não a inserirá em seu âmbito do protegido.

Novamente se terá a tenuidade da situação, fazendo incidir a mesma observação acima feita pertinente aos ônus estatais, aos deveres objetivos de tutela, e à regra do *in dubio pro libertate* (ISRAEL, 2005, p. 577).

2.2.3 ARMAS E DEMAIS REQUISITOS PROCEDIMENTAIS

Constitui ainda elemento definidor do âmbito de proteção do direito de reunião a não utilização de armas por aqueles que dela participam, circunstância que poderia ser deduzida já do termo antes analisado, pois muito dificilmente seria possível se conceber uma reunião pacífica de pessoas que estejam portando armas, dada a evidente potencialidade lesiva a direitos de terceiros (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 533). Mas por armas devem ser entendidos apenas aqueles objetos cuja finalidade seja preordenada à causação de lesões [revólver, pistola, soco inglês etc.], ou todo instrumento que, embora sua fabricação a tanto não esteja vocacionada, possa ser transmudado para servir à idêntica finalidade [lesionar pessoas ou destruir coisas; v.g.: tacos de *baseball*, golfe etc.]. Questionamentos também podem ser feitos em relação a instrumentos que podem qualificar determinado grupo de pessoas [foices, facões e enxadas, em relação aos integrantes de movimentos campesinos], ou que tenham algum tipo de pertinência cultural [arcos, flechas, lanças, em relação aos indígenas].

Essas questões embora se revelem importantes para definição da área de proteção do direito de reunião, não o são para finalidade pretendida neste trabalho, uma vez que não teriam influência para resolução da controvérsia,

já que a utilização efetiva ou potencial de armas não constituiu tema de discórdia entre aqueles que queriam se reunir na defesa da desriminalização da maconha e os que queriam proibir sua ocorrência.

A prévia autorização e a não frustração de outra marcada para o mesmo local, embora se reportem não ao direito em si, mas ao procedimento para que possa vir a ser exercitado, na medida em que haja lei definidora dos pressupostos a tanto necessários, deixam, do mesmo modo, de ter influência para o deslinde da questão em apreciação, eis que não foram os motivos determinantes para as proibições.

Assim, verificando que a atuação dos integrantes das marchas da maconha não se voltava, em nenhuma hipótese, à prática de atos de violência, mas apenas ao debate de ideias pertinentes à política legislativa estatal, estaria ela [a marcha], inserida no âmbito do que considera o art. 5º, XVI, CF, protegido, ainda que pudesse sofrer eventual limitação, desde que constitucionalmente justificada.

3 QUESTÕES A SEREM RESPONDIDAS

Delimitado o conteúdo das condutas dos participantes e/ou promotores das marchas; os parâmetros de avaliação [art. 5º, IV, ou XVI, CF]; bem como a área ou âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão e o de reunião, de modo a saber se a ação praticada pelos participantes ou promotores das marchas poderia ser pelos citados direitos protegida; cumpriria averiguar: (i) se as decisões judiciais que proibiram as manifestações poderiam ser consideradas como intervenções na área de proteção do direito à liberdade de manifestação e de reunião; afirmativa a resposta, (ii) se essas decisões seriam ao final justificadas constitucionalmente, o que, para tanto, demandaria a análise pertinente à (ii.1) adequação de cada uma das condutas à proibição contida no preceito penal incriminador, de modo a saber se todos os elementos constitutivos da figura típica estariam presentes (PUIG, 2007, p. 183), pois negativa a resposta para essa indagação, a análise do art. 287 do CP que pretendia a PGR fosse dada interpretação conforme a Constituição se perfectibilizaria apenas pelo ângulo da inadequação da conduta ao preceito primário incriminador. Positiva, todavia, a resposta, surgiria a questão pertinente à (ii.2) constitucionalidade do referido preceito penal, em sua totalidade ou em apenas algumas das interpretações possíveis, hipótese em que se deveria analisar a relação entre meio e fim pertinente à incriminação e o resultado social ou normativamente esperado.

4 DECISÕES JUDICIAIS QUE CRIMINALIZARAM AS MARCHAS DA MACONHA: ÁREA DE PROTEÇÃO E INTERVENÇÃO NA ÁREA DE PROTEÇÃO DO DIREITO À EXPRESSÃO DO PENSAMENTO E DE REUNIÃO

Pode-se dizer que as condutas praticadas pelos organizadores ou participantes das marchas são *prima facie* protegidas pelo direito de liberdade de expressão do pensamento e de reunião, por se situarem em suas respectivas áreas de proteção, o que, por conseguinte, resulta na consideração relativa ao fato de as decisões proibidoras da realização das marchas ou que criminalizaram quem delas participavam naquelas [áreas de proteção] intervieram. Essa circunstância nos remete, em consequência, para a etapa subsequente, respeitante à justificação constitucional da intervenção procedida, o que somente seria possível após a análise da tipicidade ou não das condutas.

4.1 APOLOGIA DE FATO CRIMINOSO OU AUTOR DE CRIME. BEM JURÍDICO PROTEGIDO. ELEMENTOS DO TIPO. (IN)ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA

O art. 287 do Código Penal, constante do Título IX juntamente com os art. 286 [incitação ao crime] e 288 [quadrilha ou bando], tem por finalidade a promoção da defesa do bem jurídico *paz pública*, tendo o legislador ordinário optado pela adoção de um aspecto subjetivo da concepção de ordem pública (BITTENCOURT; DELMANTO; 2010, 2007, p. 341, p. 711), fundamento de política criminal esse que influencia na “própria definição do bem jurídico tutelado” (BITTENCOURT, 2010, p. 344), no caso, “o sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo direito” (BITTENCOURT, 2010, p. 355). Há, assim, uma proteção *mediata* de bens jurídicos primários (PRADO, 2010, p. 220), constituindo-se uma espécie de anteparo ao perigo que algumas ações representam, embora não se afigurem executivas de um tipo penal de ação específico (BITTENCOURT, 2010, p. 344-345), de modo a vedar, com a criminalização da prática, o incentivo à repetição da ação típica (BITTENCOURT, 2010, p. 360).

Nesse sentido, visa o referido preceito proteger a *paz pública*, “considerando como seu conteúdo a sensação vivenciada e internalizada pela coletividade de segurança e confiança nas instituições públicas” (BITTENCOURT, 2010, p. 345), de modo que o perigo resultante do alarde difundido pelo enaltecimento de fato criminoso ou de autor de crime ensejaria a atuação estatal na criação de mecanismos de proteção (BITTENCOURT, 2010, p. 359). Chega a literatura jurídica a especificar

que a tipificação de condutas que têm por objeto a paz pública é uma exceção à punição de atos preparatórios, que, em regra, são considerados indiferentes penais (BITTENCOURT, 2010, p. 347) (CAPEZ, 2007, p. 249) (DELMANTO, 2007, p. 711) (PRADO, 2010, p. 220).

Além da delimitação do bem jurídico tutelado, há de se fixar de forma precisa os elementos caracterizadores do tipo, pois não se pode esquecer que o objeto analisado cuida de normas penais incriminadoras, seara na qual a interpretação restrita e a definição precisa dos seus contornos jurídicos constituem direito do cidadão de ter ciência plena e *ex ante* das consequências de suas condutas.

Há na literatura jurídica penal consenso pertinente à circunstância de a locução *fato criminoso* reportar-se a evento certo e determinado (BITTENCOURT; 2010, p. 356-357) (CAPEZ, 2007, p. 257) (PRADO, 2010, p. 225) (DELMANTO, 2007, p. 819) (JESUS, 2004) (HUNGRIA apud BITTENCOURT, 2010, p. 356-357) (GRECO, 2014, p. 318), ou seja, efetivamente praticado e que se adequou a um determinado preceito penal [a mera contravenção estaria, pois, foram do âmbito de incidência], havendo dissenso pertinente à circunstância de o fato enaltecido já ter sido, efetivamente, considerado criminoso por força do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Essa última concepção se dá em razão de que, por depender do trânsito em julgado, embora determinadas condutas pudessem se amoldar em abstrato a preceitos penais incriminadores, poderiam ocorrer causas que as tornassem justificadas e, portanto, não criminosas, o que faria desaparecer qualquer ameaça à sensação de tranquilidade ou confiança nas instituições, uma vez que a conduta enaltecida teria sido considerada um indiferente penal. Ou seja, se se tem em mente a proibição de perturbações à *paz pública*, e sabendo-se da função de reserva desses preceitos, deixariam eles de ter incidência na medida em que a situação anterior considerada indigna de enaltecimento não foi considerada criminosa, desaguando no fato de que quaisquer atos de apoio ou exaltação de sua realização não poderiam ser penalmente sancionados quando o pressuposto necessário para a sua vedação foi considerado um ato conforme o direito ou não culpável.

Todavia, para os fins aqui pretendidos, tomar-se-á por base a concepção pertinente aos elementos típicos do preceito e que contam com maior aceitação na literatura jurídica [fato certo e determinado praticado, independente de ter havido o trânsito em julgado], resultando no dever de

averiguar se a conduta dos organizadores e/ou participantes das marchas da maconha se amoldaria ao preceito contido no art. 287 do Código Penal.

4.1.1 SITUAÇÃO 1: DISCUSSÃO PERTINENTE À QUESTÃO LIGADA À POLÍTICA DE ENFRENTAMENTO

Se o sentimento de tranquilidade – segurança e confiança nas instituições públicas [*paz social*] – é o bem jurídico tutelado, bem como o enaltecimento de fato considerado criminoso já *praticado*, dessume-se que ações voltadas a promover a discussão pertinente a questões consideradas importantes para sociedade, ainda que sobre elas pairem grandes desacordos, não vulneram o dito sentimento de tranquilidade e confiança nas instituições, mormente por terem tais condutas a finalidade de promover o debate e de incutir nos meios informais e *formais* (PHETTIT, 2003) de decisão estatais a necessidade de discussão de questões de relevância social.

Não se pode descurar que várias podem ser as ações defendidas por aqueles que de alguma forma pretendem ver alterada a forma com a qual lida o Estado com as questões ligadas às drogas – indo desde a liberação irrestrita até o recrudescimento das medidas punitivas e de controle –, sendo perfeitamente visível identificar, nesse largo espaço de condutas ou posições possíveis, a discussão pertinente à política que está sendo adotada em determinado Estado.

E essa tem sido a tônica da ação desenvolvida por organizações da sociedade civil¹¹, que vêm pautando a discussão pertinente à política nacional e internacional de combate às drogas, de modo a analisar o seu efetivo custo social e econômico, e a necessidade de se pensá-la a partir de novos parâmetros de enfrentamento da questão, não mais sob o viés repressivo ou punitivista, mas de *redução de danos*, não sendo, todavia, por tais entidades, promovida qualquer defesa do uso da droga, seja para que finalidade for. Pelo contrário, apregoam a necessidade de esclarecimento à sociedade em geral dos riscos causados pelo consumo da droga e, portanto, a sua danosidade¹², de modo que a defesa se centra não na ausência de potencialidade lesiva de tal ou qual entorpecente, mas como o Estado deveria enfrentar essas situações, ou seja, adotando novas políticas de saúde pública e de educação para o não uso.

¹¹ Cf. 'Hora de Debater e Inovar'. Disponível em: <http://www.cbdd.org.br/wp-content/uploads/2009/10/Hora_de_debater_e_inovar.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2015; e a Global Commission on Drug Policy, Disponível em: <<http://www.globalcommissionondrugs.org/what-we-do/>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

¹² Cf. Disponível em: <http://www.cbdd.org.br/wp-content/uploads/2009/10/Hora_de_debater_e_inovar.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2014.

Observe-se que na situação acima descrita nem sequer em abstrato é possível a adequação típica da conduta ao preceito que tipifica o crime de apologia, eis que não se sustenta um discurso enaltecedor de uma conduta determinada [já praticada] e penalmente proibida, no caso, algumas daquelas ações descritas no *caput* do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, de forma que a discussão centrar-se-ia apenas na atipicidade da conduta pela não adequação da ação à hipótese delitiva prevista pelo tipo constante do art. 287 do Código Penal. Ou seja, o juízo a ser feito seria de cunho infraconstitucional, uma vez que a premissa partiria da não incidência do tipo penal, pois a incriminação promovida pelo referido preceito volta-se para condutas que, em público, façam apologia de fato criminoso ou de autor de crime, de modo que ausente um dos elementos do tipo [apologia], impossível sancionar a conduta ante o fato de ela se encontrar fora do seu âmbito de incidência.

4.1.2 SITUAÇÃO 2: DISCURSO EM DEFESA DAS CONDUTAS CONEXAS AO USO DA DROGA [FINALIDADES MEDICINAL, ECONÔMICA E/OU RECREATIVA]

Se a primeira situação acima descrita não traz [como de fato não trouxe] maiores questionamentos, pois a análise se encerraria na verificação da ausência dos elementos do tipo nas condutas descritas, essa mesma facilidade parece não ter ocorrido quanto à segunda situação, ou seja, na hipótese de haver um discurso de liberação [é seja ele qual for: recreativo, medicinal, econômico etc.] e de não lesividade pertinente ao uso da substância, uso esse que somente se faria possível, com base na lei em vigor, mediante a prática de alguma das condutas nela mencionadas [v.g.: *caput* do art. 28 da Lei n. 11.343/2006: adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, *para consumo pessoal*].

Todavia, essa dificuldade é apenas aparente, pois, normativamente, não há como se proceder a adequação da conduta em análise ao preceito incriminador pelo mesmo motivo exposto no item 4.1.1, ainda que a defesa daqueles que integrem ou promovam as *marchas da maconha* seja pertinente apenas à liberação do porte para uso em vista da ausência de dano ou ainda com base no direito de liberdade, pois, na situação, não há o enaltecimento de um fato criminoso praticado, mas a veiculação de uma ideia pertinente à necessidade de liberação do uso de uma substância proibida, e, por conseguinte, dos atos que lhe são correlatos: aquisição, guarda, porte etc. Ou seja, a conduta se refere não a um fato ocorrido no passado e considerado criminoso, mas à legislação estatal, que proíbe uma série de condutas interconectadas com o uso de uma substância que, em vista dos efeitos que produz, é considerada proscrita.

Dessa forma, o objetivo ainda permanece voltado à forma como lida o Estado com a questão das drogas [ainda que em específico, quanto às referidas marchas, para a *cannabis*], pois querem os manifestantes o uso do entorpecente para fins medicinais, econômicos ou de puro deleite, mediante a descriminalização de uma série de condutas que permitirão a sua realização. Ou seja, o objetivo ainda se volta ao aspecto da legislação estatal.

E aqui cumpre assentar que a simples discordância, ainda que decorrente de uma grande desaprovação popular, pertinente ao objeto da manifestação em si – legalização da *cannabis* –, ainda que possa gerar uma controvérsia social, não pode ser alçada a fundamento bastante só por si para a criminalização daqueles que à marcha aderirem, na medida em que, como dito, um dos elementos constitutivos do tipo penal em análise, ou seja, o enaltecimento de fato concreto ocorrido no passado, não se faz presente.

Com efeito, se a marcha promovesse o enaltecimento da conduta praticada [e a atenção aqui deve ser conferida ao tempo do verbo] por alguém que portou drogas, adquiriu etc., de modo a considerar moralmente defensável a ação praticada, independente de sua tipificação, e que, por tê-lo sido, deveria ser elogiada, defendida, apoiada, dúvidas não remanesceriam quanto ao fato de a conduta encontrar-se proscrita em vista do preenchimento de todos os elementos do tipo penal, circunstância que, se ocorrida nessa situação específica, faria deslocar a análise do campo infraconstitucional para o constitucional, na medida em que se teria que averiguar a partir de então a *validade do preceito penal em si*, no caso, a *sua justificação segundo o sistema constitucional em vigor*.

Todavia, não foi o que ocorreu.

4.2 ATIPICIDADE E JUÍZO INFRACONSTITUCIONAL

Considerando a ausência de tipicidade das condutas de quem expõe sua opinião ou juízo de valor respeitante à (i) forma como o Estado lida com as drogas, seja no que se refere especificamente à política repressiva adotada e sua inadequação, ou (ii) mesmo para ver determinadas condutas relacionadas ao uso liberadas [com finalidades medicinais, comerciais ou apenas de puro deleite], dessume-se que as decisões judiciais, sob a ótica do artigo 5º, IV, intervieram na área de proteção do direito referido, mas a sua inconstitucionalidade [ausência de justificação constitucional] decorreria de um juízo de atipicidade e não, pois, de um juízo de inconstitucionalidade do preceito contido no art. 287 do Código Penal.

Esse mesmo juízo de atipicidade, quando voltado ao direito garantido pelo art. 5º, XVI, deságua na lícitude da manifestação pública que se pretendia realizar, e, pois, a na proteção constitucional que a ela se defere, resultando na consideração de que as decisões que proibiram sua ocorrência intervieram indevidamente em sua área de proteção, sendo, consequentemente, carentes de justificação constitucional.

Tais situações de inconstitucionalidade partiram da pressuposição pertinente ao juízo de adequação típica das condutas em relação ao que consta do art. 287 do Código Penal, evidenciando a necessidade de se proceder à interpretação da normatização infraconstitucional – tarefa essa não confiada à Suprema Corte – para, somente depois, se chegar à conclusão de que não era o preceito em si que padecia de vícios, mas sim as decisões que criminalizaram as condutas, as quais não se ativeram aos elementos típico-normativos do art. 287 do CP.

Como a resposta ao questionamento pertinente à tipicidade, que se afiguraria prejudicial à análise da constitucionalidade do preceito penal, seria negativa, eis que o dispositivo penal não comportaria a interpretação de modo a nele inserir a conduta de promover manifestações contrárias às políticas estatais antidrogas ou em defesa da descriminalização de um ou mais entorpecentes, a invalidade das decisões judiciais decorreria da incorreção quanto à adequação típica de tais condutas. Ou seja, do processo mental em que o juiz promove a tipicidade “comparando a conduta particular e concreta com a individualização típica” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 400) ⁻¹³, e não da necessidade de se proceder a uma redução das hipóteses de aplicação do preceito por meio da técnica de declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Por conseguinte, o controle a ser feito reportar-se-ia a inadequada aplicação da lei penal, e não, pois, dela em si (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 32-33); ou seja, não à lei, mas às decisões judiciais.

A declaração de nulidade parcial sem redução de texto, que defende a literatura jurídica diferir da interpretação conforme a Constituição (SILVA, 2006, p. 201) (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 271), tem por finalidade extirpar do preceito objeto de análise, em um contexto concreto de aplicação (SILVA, 2006, p. 202), as interpretações que estejam em desconformidade com a Constituição [parâmetro de aferição], de modo que o pressuposto necessário a tanto é a concepção de que o objeto analisado permite mais de uma interpretação possível e que uma dessas possibilidades não se

¹³ E essa premissa, respeitante a inadequação típica da conduta foi aceita pelos Ministros Luiz Fux, Cármens Lúcia e Marco Aurélio, embora tenham eles avançado para a questão da constitucionalidade das decisões.

compatibilizaria com a Constituição. Contudo, as interpretações possíveis e que serão objeto de análise com base no parâmetro de aferição [Constituição] devem estar contidas nos limites de possibilidade do preceito legal analisado, notadamente quando esse possui natureza penal, de modo que se a eventual interpretação que se esteja a analisar não possa estar contida nos limites de possibilidade do tipo penal, o pressuposto necessário à declaração de nulidade parcial sem redução de texto deixa de existir e, consequintemente, a própria análise constitucional que se quer ver empreendida.

A própria conformação orgânica do sistema de justiça brasileiro poderia exemplificar a situação. Pensem, pois, na hipótese de que alguma dessas demandas que proibiram ou permitiram a ocorrência das marchas da maconha tivesse chegado ao Superior Tribunal de Justiça e essa Corte tivesse decidido, de forma definitiva¹⁴, pela atipicidade das condutas antes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, e que condicionasse a forma de aplicação do art. 287 do CP pelos Juízes e Tribunais inferiores. Nessa situação, uma decisão do STJ, com base em *parâmetros infraconstitucionais* – juízo de adequação típica –, esvaziaria a ADPF proposta, eis que o Supremo não poderia, em momento posterior, determinar a redução do campo de interpretações de um dispositivo penal cujo órgão constitucionalmente competente para fazê-lo em nível infraconstitucional já tivesse dito não se encontrar a hipótese submetida a análise nele contida. Ou seja, faltaria ao STF a base normativa sobre a qual se assentaria a sua decisão redutora a ser proferida.

Ou seja, não poderia o STF restringir a interpretação, de modo a do tipo penal expungir uma possível interpretação contrária à Constituição, porque essa interpretação nunca esteve inserida dentro dos limites do preceito, e aqui, repita-se, a capacidade expressiva dos termos que compõem o enunciado normativo limitam fortemente a interpretação a ser feita, não se podendo olvidar que a dogmática penal fornecerá importantes e necessários fundamentos para essa aferição.

Dessa forma, como a pretensão exercida pela PGR não se voltava para eventuais correções ou incorreções de decisões judiciais, que não estavam sendo questionadas conforme expressamente constante da inicial apresentada, mas sim ao controle normativo do próprio preceito impugnado [art. 287, CP], de modo a que fosse excluída qualquer interpretação que pudesse promover a criminalização da defesa da legalização de drogas ou de

¹⁴ Recurso julgado sob o rito dos recursos repetitivos, aplicados ao processo penal, por ser representativo de uma determinada controvérsia jurídico-penal (Cf. REsp 1498034/RS. S3. Min. Rogério Schietti; REsp 1499050/RJ. S3. Min. Rogério Schietti; REsp 1519777/SP. S3. Min. Rogério Schietti.

qualquer outra substância entorpecente, e ao estar a inconstitucionalidade presente nas decisões ao considerar típica condutas atípicas [intervindo, pois, injustificadamente na área de proteção do art. 5º, IX e XVI], e não, pois, no tipo penal em si, o resultado deveria ter sido de improcedência do pedido, pois o pressuposto necessário à declaração de nulidade parcial sem redução de texto não se fazia presente.

5 CONCLUSÃO

Ao conhecer e julgar a ADPF nº 187, o STF terminou por avocar a competência para decidir e, em virtude dos efeitos decorrentes do julgamento da ação, uniformizar as decisões judiciais pertinentes ao que pode ser entendido como inserido ou não dentro do âmbito de incidência do preceito pertinente ao crime de apologia ao crime, invadindo, pois, uma competência conferida pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça [uniformização da interpretação do direito infraconstitucional]. Ou seja, impediu que a interpretação infraconstitucional já delimitasse o âmbito do dispositivo penal de forma a excluir não somente as marchas da maconha, mas todos os tipos de manifestações de pensamento contra quaisquer outras condutas que se queira ver despenalizadas [bigamia, aborto, eutanásia etc.].

Não se desconhece que uma das finalidades precípuas da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seja a promoção de uma uniformidade pertinente à interpretação que se confere a determinada disposição normativa, ou mesmo de sua validade em si, com o objetivo de promover segurança jurídica (SARMENTO, 2001), tanto que o art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99, exige a demonstração da controvérsia judicial relevante [ainda que para a ADPF incidental], que se conceitua como sendo aquela “capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei ou da interpretação judicial adotada e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa” (MENDES, 2007). Todavia, o mesmo preceito normativo deixa claro, por força da própria lógica do sistema de competências previsto no texto constitucional, que essa controvérsia relevante deve reportar-se à *aplicação do preceito fundamental que se considera violado*, de modo que o parâmetro de aferição do Supremo, como não poderia ser diferente, deverá ser sempre a Constituição, e não disposições infraconstitucionais.

Disso resulta que, em determinadas situações, a Corte Suprema deve partir de pressupostos firmados pelos órgãos dotados de competência para avaliação *definitiva* do direito infraconstitucional, pois, pensando em possíveis violações decorrentes de decisões judiciais, pode ser que estas vulnerem um determinado preceito fundamental, mas por encerrarem

um juízo errôneo pertinente à própria interpretação e aplicação do direito infraconstitucional – v.g. a consideração de uma situação atípica como sendo típica –, fazendo-se necessária a definição da controvérsia de forma escalonada, sendo a interpretação que tem como parâmetro o direito infraconstitucional prejudicial [a evidenciar, portanto, uma relação de necessariedade] à análise da vulneração ao preceito constitucional, que será o parâmetro de avaliação pelo STF.

Assim, o STF admitiu a ação e a julgou procedente para dar ao tipo penal constante do art. 287 do Código Penal uma interpretação redutora para excluir do âmbito de incidência as condutas *em defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive mediante manifestações e eventos públicos*, de sorte que terminou a Corte por fixar a premissa pertinente à tipicidade da conduta, para depois excluí-la, procedendo, assim, à interpretação do direito infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. v. 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRANCO, P. G. G. Comentário ao art. 5º, XVI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CANÁRIO, Pedro. Direito ao anonimato decorre da liberdade de expressão, defende professor alemão. São Paulo: *Revista Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-02/direito-anonimato-decorre-liberdade-expressao-professor>>.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – parte especial*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DANTAS, IVO. *Constituição e Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- DELMANTO, Celso e outros. *Código Penal Comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____ ; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 8. ed. Niterói: Lumen Juris, 2014.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal na Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

- ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Tradução de Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.
- JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional*: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. Comentários ao art. 5º, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- _____. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. Leonardo Martins. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira e outros. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PETTIT, Philip. Democracia e Contestabilidade. In: *Direito e Legitimidade*. Org. Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2003.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 3. São Paulo: RT, 2010.
- PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal*: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: RT, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang e outros. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.
- SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 224, p. 95-116, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47760/45555>>.
- SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista DireitoGV* 3, v. 2. n. 1. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35221/34021>>.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Parte Geral. 9. ed. São Paulo: RT, 2011.

RECEBIDO EM: 20/12/2017
APROVADO EM: 09/24/2018

IMPACTOS NAS CONDIÇÕES DE TRABALHO DOS USUÁRIOS DO SISTEMA AGU DE INTELIGÊNCIA JURÍDICA (SAPIENS)

***THE IMPACTS ON THE WORK CONDITIONS OF USERS
OPERATING OF AGU LEGAL INTELLIGENCE SYSTEM (SAPIENS)***

Luciana Ancheta Boueres
Graduada em Administração de Empresas pela Universidade CEUMA – São Luís/MA
Pós-graduada em Gestão de Pessoas pela UFMG/MG.
Pós-graduada em Administração Pública pelo Centro Universitário do Instituto de
Educação Superior de Brasília – ISEB – Brasília/DF

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estudo dos Impactos da Utilização do Sapiens nas Condições de Trabalho dos seus Usuários; 1.1 Metodologia; 1.2 Criação e Implantação do Processo Eletrônico na Advocacia-Geral Da União – Aspectos Relevantes; 2 Apresentação e Análise dos Dados Coletados por meio da Aplicação do Questionário; 2.1 Instrumentalização da Pesquisa; 2.2 Informações Obtidas com a Aplicação do Questionário; 2.2.1 Perfil dos respondentes; 2.2.2 Utilização do SAPIENS; 2.2.3 Saúde do Usuário; 2.2.4 Capacitação e Reciclagem; 2.2.5 Nível Geral de Satisfação com o SAPIENS; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo analisar os impactos gerados pela utilização do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (SAPIENS) nas condições de trabalho dos usuários que operam o referido sistema. O estudo foi baseado em entrevista, análise documental e na coleta de dados obtidos com base em questionário aplicado por meio eletrônico. O artigo apresenta aspectos referentes ao processo de modernização da administração pública, bem como os reflexos da utilização do processo eletrônico na Advocacia-Geral da União, abordando, precípua mente, os seguintes fatores: celeridade processual, simplificação de procedimentos, dificuldade de utilização, capacitação e reciclagem, teletrabalho, bem como possíveis alterações causadas na saúde dos usuários em razão da utilização do sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Eletrônico. Teletrabalho. Saúde. Advocacia-Geral da União. Sistema AGU de Inteligência Jurídica - SAPIENS.

ABSTRACT: This study aims to analyze the impacts generated by the use of AGU Legal Intelligence System (SAPIENS) on the work conditions of users operating the referred system. The study was based on an interview, document analysis and data collection obtained on the basis of an electronic questionnaire. The article presents the use of information technologies in organizational routines as well as the reflections of the use of electronic process at AGU addressing, at first, the following factors: speed of legal proceedings, simplification of procedures, difficulty of use, training and recycling, telecommuting, as well as possible changes caused on the health of users due to the use of the system.

KEYWORDS: Electronic Process. Telecommuting. Health. Attorney General of the Union Office. AGU Legal Intelligence System (SAPIENS).

INTRODUÇÃO

De acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 131 (Brasil, 1988), a Advocacia-Geral da União (AGU) é órgão que, juntamente com o Ministério Público e a Defensoria Pública, encerra uma das funções essenciais à justiça, qual seja, a Advocacia Pública. Atua em âmbito federal na defesa judicial e extrajudicial dos três Poderes da União e presta consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo. Além disso, possui atuação internacional, representando o Brasil perante a justiça de outros países. Primando pela excelência no cumprimento da sua missão constitucional, a Advocacia-Geral da União buscou desenvolver sistemas que pudessem proporcionar a melhoria de seus processos internos bem como a prestação dos seus serviços, corroborando com o processo de modernização da Administração Pública por meio da utilização de tecnologias de informação e comunicação (TICs).

Trilhando o caminho da busca da eficiência por meio da utilização da tecnologia da informação, a Advocacia-Geral da União iniciou, em 2014, a implantação do Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS. De acordo com a Assessoria de Comunicação da AGU, em 21 de janeiro de 2014 foi efetuado o primeiro registro no referido sistema. Por meio da Portaria nº 125, de 30 de abril de 2014, foi instituída a obrigatoriedade de utilização do SAPIENS no âmbito da AGU. Tal medida vai ao encontro do disposto no Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, (Brasil, 1988) o qual estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” e ratifica o Decreto nº 8.539 de 8 de outubro de 2015, que dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Assim, o objetivo deste trabalho é investigar os principais impactos gerados pela utilização do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (SAPIENS) nas condições de trabalho dos usuários do sistema na Advocacia-Geral da União.

A motivação para analisar e compreender os impactos gerados pelo SAPIENS ocorreu uma vez que, até o momento, não havia sido realizado nenhum estudo com o enfoque voltado para condições de trabalho, levando em consideração a perspectiva do usuário, ou seja, demonstrando a visão do ativo organizacional mais importante: as pessoas. Dessa forma, tal estudo será realizado pela primeira vez no órgão, apresentando constatações não

verificadas anteriormente e que poderão trazer contribuições significativas às políticas e aos subsistemas da organização.

Inicialmente serão abordados aspectos relevantes à criação e à implantação do sistema e, posteriormente, serão demonstrados os dados levantados por meio da aplicação do questionário. Por fim, será realizada análise que representa os impactos da adoção do SAPIENS nas condições de trabalho dos seus usuários.

1 ESTUDO DOS IMPACTOS DA UTILIZAÇÃO DO SAPIENS NAS CONDIÇÕES DE TRABALHO DOS SEUS USUÁRIOS

1.1 METODOLOGIA

Para o alcance dos objetivos propostos utilizou-se entrevista, pesquisa documental e pesquisa de natureza qualitativa, com objetivo exploratório e descritivo, utilizando estudo de caso.

Primeiramente, a fim de obter dados sobre o período de transição do processo físico para o processo eletrônico, bem como apurar outros aspectos relevantes para o embasamento do estudo, foi realizada entrevista semiestruturada com o Procurador-Federal Dr. Eduardo Alexandre Lang, que, juntamente com o Procurador Federal Dr. Mauro Lúcio Baioneta Nogueira, são os idealizadores e criadores do Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS.

Para Ribeiro (2008 apud BRITO JÚNIOR E FERES JÚNIOR, 2011, p. 239), a entrevista:

É a técnica mais pertinente quando o pesquisador quer obter informações a respeito do seu objeto, que permitam conhecer sobre atitudes, sentimentos e valores subjacentes ao comportamento, o que significa que se pode ir além das descrições das ações, incorporando novas fontes para interpretação dos resultados pelos próprios entrevistadores.

De acordo Godoy (1995, p. 58), a pesquisa qualitativa:

Envolve a obtenção de dados descritivos sobre pessoas, lugares e processos interativos pelo contato direto do pesquisador com a situação estudada, procurando compreender os fenômenos segundo a perspectiva dos sujeitos, ou seja, dos participantes da situação em estudo.

Foi realizada, posteriormente, aplicação de questionário de perguntas fechadas, estruturado no aplicativo Google Forms, e encaminhado por malha direta aos Advogados da União, Procuradores Federais, Servidores Técnico-Administrativos e Estagiários em todo o Brasil, com base em planilha disponibilizada pelos gestores do SAPIENS, contendo os dados de todos os usuários cadastrados no sistema. Dessa forma, chegou-se a um universo de 21.304 pessoas. Foram retirados desse universo os nomes em duplicidade, bem como os Procuradores da Fazenda Nacional e os Procuradores do Banco Central do Brasil que, apesar de integrarem a Advocacia Pública, não estão sob a ingerência administrativa da AGU, o que gerou uma amostra de 18.546 usuários. Após a aplicação, realizou-se tratamento estatístico descritivo dos dados coletados e procedeu-se às análises das respostas apresentadas.

De acordo com Gil (2002), as pesquisas exploratórias envolvem entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema pesquisado. Além disso, esse tipo de pesquisa busca proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses.

O estudo de caso é um método de pesquisa que pode ser utilizado em diversas situações. Para Yin (2015, p. 4), tal método “contribui ao conhecimento de fenômenos individuais, grupais, organizacionais, sociais, políticos e relacionados”.

Yin (2015, p. 17) afirma que o estudo de caso:

É uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo (“o caso”) em profundidade e em seu contexto de mundo real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto puderem não ser claramente evidentes.

1.2 CRIAÇÃO E IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO ELETRÔNICO NA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – ASPECTOS RELEVANTES

De acordo com entrevista realizada com um dos idealizadores do Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS, o Procurador Federal Dr. Eduardo Alexandre Lang, a criação de um gerenciador eletrônico de documentos nasceu da necessidade de lidar com um volume muito grande de trabalho. No ano de 2012, em exercício na Procuradoria Regional Federal da 4ª Região (PRF 4ª Região), observou-se uma necessidade específica do Setor de Lotação, no qual eram recebidos 1000 processos/

mês por advogado. Dividindo-se esse quantitativo por 8 horas de trabalho distribuídas em 20 dias úteis, esse resultado corresponde a uma média de 6 minutos por processo judicial, englobando a leitura do processo, preparação de recursos - especial ou extraordinário - e encaminhamento para peticionamento eletrônico ou impressão, no caso do rito ordinário. Dessa forma, identificou-se a necessidade de dar vulto a essa demanda por meio de uma ferramenta pensada para gerar operações em bloco, realizar automatização de cadastros, gerar peças de maneira automatizada e fazer o peticionamento eletrônico.

Desde a sua criação, ocorreram diversas atualizações do sistema bem como diferentes ciclos de implantação. O SAPIENS teve seu projeto piloto iniciado na Secretaria-Geral de Administração da AGU, em 2014, e foi considerado implantado nacionalmente em maio de 2017.

A AGU é orgão de grande capilaridade, presente em todo o território nacional e, por isso, apresenta peculiaridades e realidades diversas. O entrevistado informou que o SAPIENS é um sistema complexo, uma vez que reflete a complexidade da Advocacia-Geral da União, órgão que conta com quatro grandes áreas de atuação – Contencioso, Consultivo, Cobrança e Recuperação de Créditos e Representação Extrajudicial - com cerca de 20 mil pessoas atuando. São 12 Órgãos Centrais, sendo que dentro de um mesmo órgão central há unidades que trabalham de modo diferente, ou seja, não há uma padronização, e o SAPIENS é estruturado para atender simultaneamente todas essas realidades. De forma a abrigar essa gama de peculiaridades o sistema é mais abstrato, e, por conseguinte, menos intuitivo, demandando maior treinamento.

É exatamente no âmbito da capacitação, segundo o entrevistado, que se encontra o maior desafio da implantação do sistema. É grande a dificuldade de realizar treinamentos adequados para os usuários alocados em todo o território nacional. Além das dificuldades decorrentes da interação com o sistema, foi notada também, durante as capacitações para uso do SAPIENS, a dificuldade do usuário no manuseio das ferramentas de informática e da utilização do computador de um modo geral, como por exemplo, para o entendimento de conceitos de navegadores de internet. Essa não é uma realidade da grande maioria dos usuários, mas atinge uma parte dela.

No decorrer do processo de implantação, muitos aspectos positivos se apresentaram, e o uso do sistema vem impactando profundamente e de diferentes formas as mais variadas áreas. Segundo o entrevistado,

em relação à distribuição do quantitativo da força de trabalho, se considerarmos uma unidade do Contencioso, que tem intergração plena com várias áreas, como por exemplo a PRF 4^a Região, o Setor de Cadastro e Distribuição contava com 27 servidores, e esse mesmo setor, atualmente, conta com 4 servidores lotados. É importante esclarecer que não há redução de força de trabalho, mas sim reorganização, buscando uma direcionamento dos servidores para atividades mais nobres. Para o entrevistado, esse redirecionamento é bem notado nos âmbitos do administrativo e do consultivo em relação às atividades braçais de manuseio de autos físicos, uma vez que as tramitações e juntadas são todas feitas pelo sistema.

Por outro lado o SAPIENS exige atividades que não existiam antes, como a digitalização e recadastro dos processos de órgaos cujos sistemas ainda não têm integração com o SAPIENS.

Em termos de celeridade processual, pode-se estabelecer uma comparação com o tempo médio utilizado pelo SAPIENS e os dados do sistema de registro de acompanhamento de processos, denominado AGUDoc, este já desativado. O tempo médio entre cada andamento processual era, de acordo com o AGUDoc, de 28 dias, sendo um tempo de trabalho síncrono e unilateral, ou seja, passando de setor em setor, de mesa em mesa, ou seja, um passo após outro. Com o advento do SAPIENS, isso mudou sensivelmente porque o sistema permite um fluxo de trabalho paralelo, possibilitando que várias pessoas trabalhem no mesmo processo ao mesmo tempo. Conforme explica o entrevistado, o tempo de 28 dias passou para 3 dias, o que significa que o processo no SAPIENS tem um andamento a cada três dias, em média.

No que se refere à saúde do usuário, não havia, até este estudo, nenhuma informação sobre lesão por esforço repetitivo (LER), problemas oculares e aumento do sedentarismo em função do uso do sistema.

Os reflexos da utilização do SAPIENS também podem ser notados por meio do planejamento estratégico do órgão. Em 2016 foi construído o novo mapa estratégico da AGU para o período de 2016 a 2019. Pode-se afirmar que não existe um projeto estratégico que se refira especificamente ao SAPIENS, mas sim que ele é a pedra basilar da gestão estratégica do órgão, uma vez que se apresenta como pilar de quase todos os projetos estratégicos envolvidos.

2 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS POR MEIO DA APLICAÇÃO DO QUESTIONÁRIO

2.1 INSTRUMENTALIZAÇÃO DA PESQUISA

A aplicação do questionário tem como objetivo identificar o reflexo das alterações nas condições de trabalho causadas pelo Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS, a partir da opinião dos seus usuários.

Com base em relatório extraído do SAPIENS contendo os dados de todos os usuários cadastrados no sistema, chegou-se a um universo de 21.304 pessoas, que foi reduzido para um amostra de 18.546 usuários. Cumpre salientar, ainda, que inicialmente os questionários deveriam ser respondidos apenas por membros e servidores do quadro próprio da AGU e estagiários, porém, devido às peculiaridades inerentes à atuação da Advocacia-Geral da União e sua capilaridade, alguns usuários que não constituem quadro próprio da AGU encaminharam resposta à pesquisa e suas informações foram consideradas.

Dessa forma, foram encaminhados 18.546 questionários, sendo que, destes, 2.634 não foram entregues por motivos como: problemas na caixa de e-mail do destinatário, férias, licenças e afastamentos diversos dos usuários. Além desses, 66 questionários não foram respondidos em função do destinatário não utilizar o sistema, apesar de o nome constar no banco de dados. Nesse contexto, 15.846 questionários foram entregues, dos quais, obteve-se um total de 3.496 respostas.

No primeiro momento o questionário foi encaminhado a 27 usuários, no qual apenas um apresentou sugestão quanto à pergunta relacionada ao tempo de uso do sistema. A dúvida foi sanada e, posteriormente, o questionário foi encaminhado aos demais usuários.

As perguntas foram fechadas e de múltipla escolha, devendo ser marcada uma única opção. Como exceção, tem-se a questão oito, que trazia a possibilidade de o usuário informar outras dificuldades identificadas com a utilização do sistema, além das listadas nas alternativas. O preenchimento ocorreu de forma *on line* e anônima no período de 28/08 a 16/09/2017.

As respostas encaminhadas passaram por tratamento estatístico e estão representadas por gráficos, de forma a facilitar a visualização

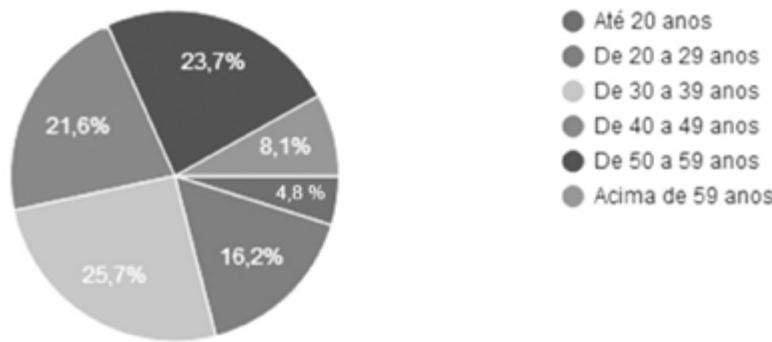
e compreensão dos dados coletados, bem como as interpretações e as análises realizadas.

2.2 INFORMAÇÕES OBTIDAS COM A APLICAÇÃO DO QUESTIONÁRIO

2.2.1 PERFIL DOS RESPONDENTES

Com base nas duas primeiras perguntas do questionário, podemos identificar, no gráfico 1, o perfil dos usuários que responderam à pesquisa. Em relação à idade, 25,7%, (898 usuários), estão inseridos na faixa etária de 30 a 39 anos, seguidos pelos que possuem de 50 a 59 anos (23,7%, 827 usuários).

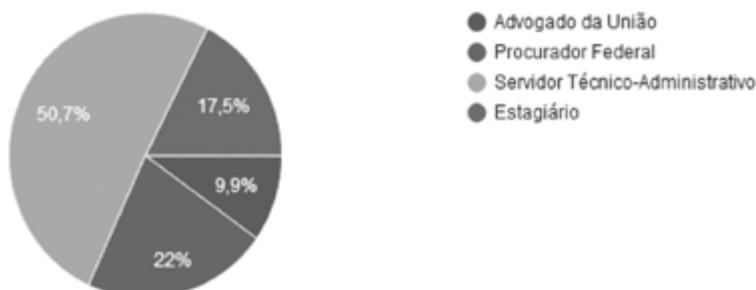
Gráfico 1 – Perfil dos usuários – Idade



Fonte: dados coletados

No que se refere ao cargo ou função ocupada, observa-se no gráfico 2 que a maioria dos respondentes, 50,7%, o que corresponde a 1.771 usuários, são Servidores Técnico-Administrativos, seguidos pelos Procuradores-Federais (22% ou 768 usuários), Estagiários (17,5% ou 612 usuários) e Advogados da União (9,9% ou 345 usuários).

Gráfico 2 – Perfil dos usuários - Cargo ou função ocupada

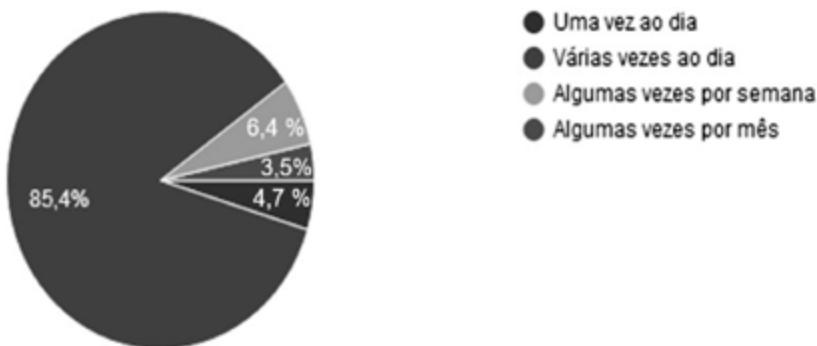


Fonte: dados coletados

2.2.2 UTILIZAÇÃO DO SAPIENS

Em relação à frequência de uso do sistema, é claramente notado no gráfico 3 que a grande maioria, 84,4%, o que corresponde a 2.986 respondentes, utiliza o sistema várias vezes ao dia. Em seguida a opção “Algumas vezes por semana” foi escolhida por 6,4%, ou 223 respondentes. “Algumas vezes por mês” foi a opção de menor incidência (3,5% ou 122 usuários).

Gráfico 3 – Utilização do SAPIENS - Frequência de uso do SAPIENS

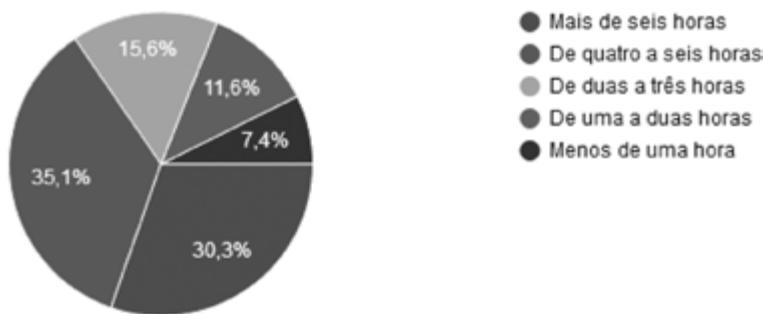


Fonte: dados coletados

Questionados sobre o tempo dispendido de trabalho no sistema, nota-se no gráfico 4 que 35,1% (1.227 respondentes) utilizam o SAPIENS de quatro a seis horas e 30,3% (1.060 respondentes) utilizam por mais de seis horas, dentro da frequência indicada na questão anterior. Em ambos os casos, isso representa uma parcela expressiva da jornada de trabalho.

Apenas 7,4% (257 respondentes) informaram utilizar o sistema por menos de uma hora.

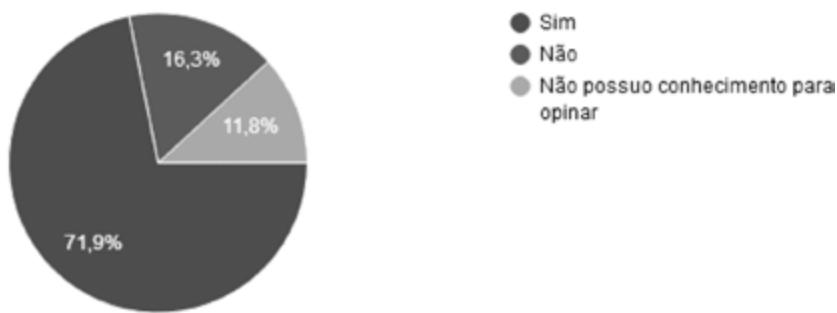
Gráfico 4 - Utilização do SAPIENS -Tempo de trabalho no SAPIENS



Fonte: dados coletados

Do total de respondentes, 71,9%, o que corresponde a 2.513 usuários, informaram perceber maior agilidade no trâmite processual e na simplificação de procedimentos, enquanto 16,3%, ou 570 usuários, afirmaram não ter identificado tal alteração, conforme demonstrado no gráfico 5.

Gráfico 5 - Utilização do SAPIENS - Trâmite processual e simplificação de procedimentos

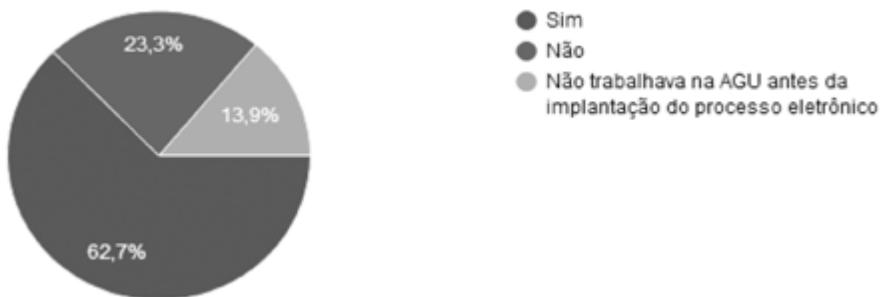


Fonte: dados coletados

A seu turno, 62,7%, ou 2.193 respondentes, perceberam um aumento da produtividade com a utilização do SAPIENS em comparação com

o trabalho realizado nos processos físicos. 23,3% (816 respondentes) marcaram a opção de que não perceberam incremento de produtividade, de acordo como o apresentado no gráfico 6.

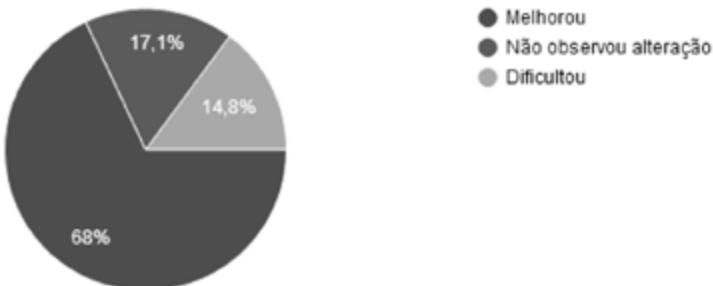
Gráfico 6 - Utilização do SAPIENS - Aumento de produtividade com a utilização do SAPIENS



Fonte: dados coletados

Observou-se, no gráfico 7, que 68% dos usuários respondentes, ou seja, 2.378, informaram que identificaram melhora em relação à realização de rotinas de trabalho no sistema, como leitura de processos, anexação e elaboração de manifestações jurídicas e de demais documentos. 17,1%, ou 599 respondentes, informaram não terem observado alteração e 14,8% ou 519 respondentes informaram que o sistema dificultou essas ações.

Gráfico 7 - Utilização do SAPIENS - Realização de rotinas de trabalho



Fonte: dados coletados

Na questão que tratava sobre a maior dificuldade do usuário em utilizar o SAPIENS, obteve-se 3.430 respostas. Nela, deu-se a oportunidade de o usuário listar, no campo “Outros,” as dificuldades que porventura foram notadas, mas que não estavam listadas nas opções das questões. Apesar das muitas dificuldades apontadas, o item de maior incidência foi “Não tenho dificuldades”, com 27,4% das respostas, ou seja, 939 dos usuários optaram por essa resposta. Logo depois, o item “Interface pouco amigável” teve maior incidência, com 19,8%, ou seja, 679 respondentes. “Juntar, anexar e desentranhar documentos” foi a opção de 518 respondentes e “Utilização do editor de texto” foi a opção de 532 respondentes, conforme representado no gráfico 8.

Gráfico 8 - Utilização do SAPIENS - Dificuldades identificadas com a utilização do SAPIENS



Fonte: dados coletados

O gráfico 9 demonstra que é clara a percepção de que o SAPIENS possibilita o teletrabalho e a colaboração remota, uma vez que 94,3%, ou seja, 3.297 dos usuários respondentes conseguem verificar essa relação.

Gráfico 9 - Utilização do SAPIENS - Viabilização do teletrabalho por meio SAPIENS

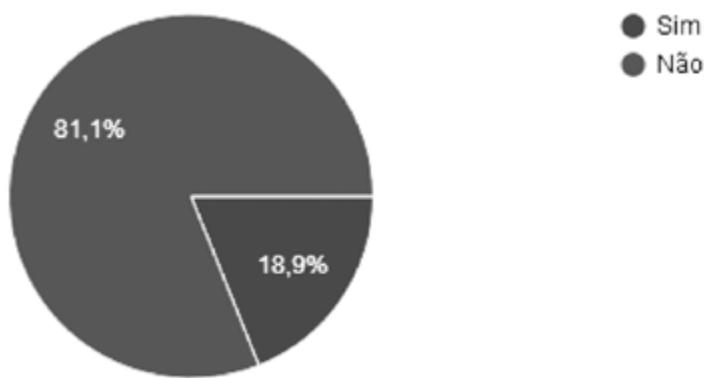


Fonte: dados coletados

2.2.3 SAÚDE DO USUÁRIO

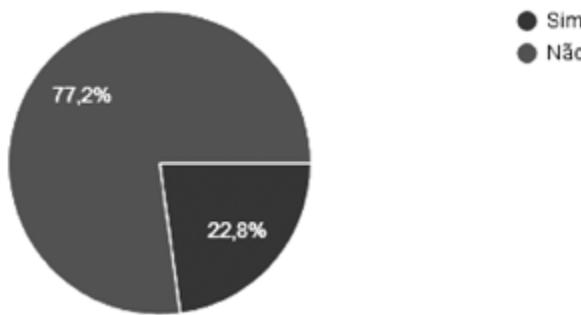
No que se refere ao comprometimento da saúde dos usuários em função da utilização do SAPIENS, notou-se que a maioria dos respondentes informou não ter percebido alterações nesse sentido: 81,1% (2.834 usuários) responderam não terem percebido dores nos punhos ou nas mãos; 77,2% (2.698 usuários) informaram que não perceberam dores nas costas e aumento do sedentarismo; e 63,5% (2.220 usuários) relataram não perceber fadiga ocular ou visual. Porém, ressalta-se que alterações na saúde foram considerados por um percentual relevante de respondentes: 18,9% (662 usuários) perceberam dores nos punhos e nas mãos, 22,8% (798 usuários) perceberam dores nas costas e aumento do sedentarismo e 36,5% (1.276 usuários) perceberam fadiga ocular ou visual após a inserção do sistema eletrônico em sua rotina de trabalho. Tais constatações estão representadas nos gráficos 10, 11 e 12, respectivamente.

Gráfico 10 - Saúde – Dores nos punhos e mãos



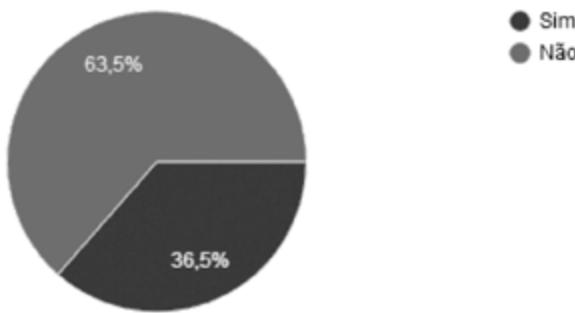
Fonte: dados coletados

Gráfico 11- Saúde - Dores nas costas e aumento do sedentarismo



Fonte: dados coletados

Gráfico 12 - Saúde - Fadiga ocular ou visual

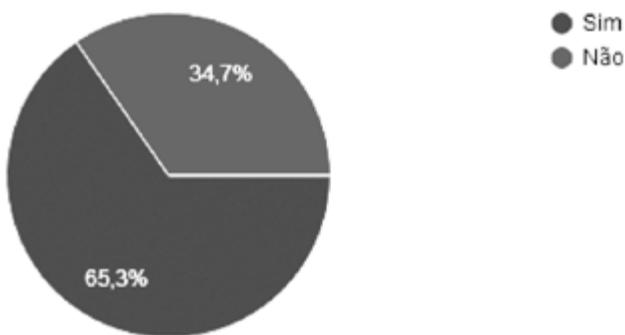


Fonte: dados coletados

2.2.4 CAPACITAÇÃO E RECICLAGEM

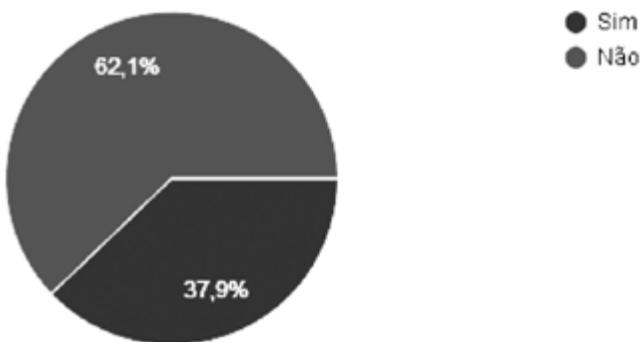
No âmbito da capacitação e da reciclagem, os gráficos 13 e 14 retratam que 65,3% dos respondentes, o que corresponde a 2.284 das 3.496 respostas recebidas para esta questão, informaram que sentiram necessidade de capacitação/reciclagem em decorrência das funcionalidades exigidas pelo SAPIENS. Porém, apenas 37,9% (1.047 respondentes), do total de 2.765 respostas obtidas para essa questão, informaram que essa necessidade de capacitação foi ofertada. Dessa forma, 62,1% (1.718 respondentes) registraram que, apesar da necessidade de capacitação, esta não foi atendida.

Gráfico 13 - Capacitação e reciclagem - Necessidade de qualificação e treinamento



Fonte: dados coletados

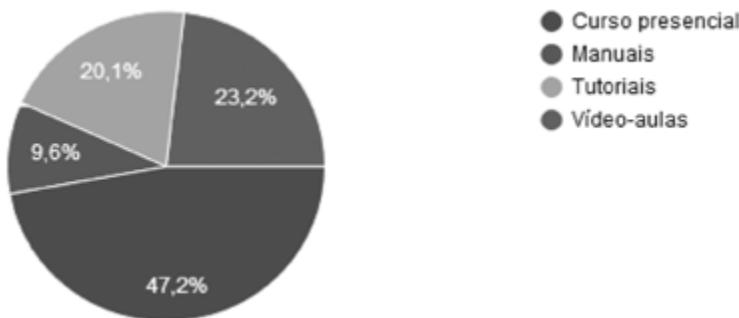
Gráfico 14 - Capacitação e reciclagem - Atendimento da necessidade de capacitação e qualificação



Fonte: dados coletados

Ainda no que se refere à capacitação e reciclagem, conforme gráfico 15, o tipo de capacitação desejada indicada com maior incidência foi o curso presencial, escolhido por 47,2% (1.548 respondentes). As vídeo-aulas foram escolhidas por 23,2% (761 respondentes), seguidas pelos tutoriais (20,1% ou 659 respondentes) e manuais (9,6% ou 314 respondentes). Nesta questão obteve-se um retorno de 3.282 respostas.

Gráfico 15 - Capacitação e reciclagem - Tipos

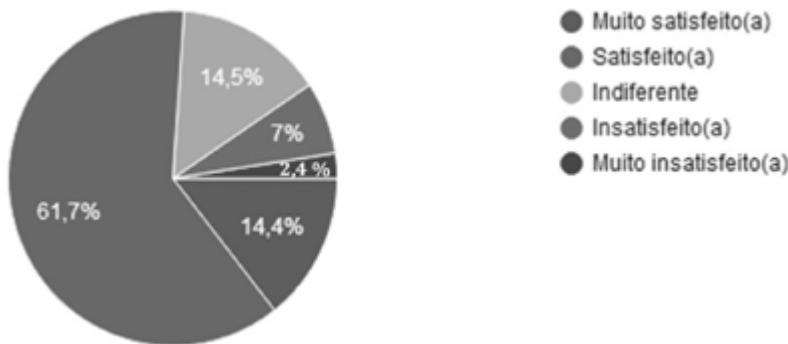


Fonte: dados coletados

2.2.5 NÍVEL GERAL DE SATISFAÇÃO COM O SAPIENS

Por fim, o questionário buscou identificar o nível geral de satisfação com o SAPIENS. Obteve-se 3.486 respostas para essa questão, sendo que 61,7% ou 2.150 respondentes indicaram estarem satisfeitos. 14,5% (506 respondentes) informaram serem indiferentes ao sistema; 14,4% (502 respondentes) marcaram a opção “muito satisfeito(a)”; 7% (244 respondentes) optaram por “insatisfeito(a)” e 2,4% (84 respondentes) marcaram “muito insatisfeito(a)”, conforme detalhado no gráfico 16.

Gráfico 16 - Nível de satisfação com o uso do SAPIENS



Fonte: dados coletados

3 CONCLUSÃO

Este artigo tem como objetivo investigar os principais impactos percebidos pela utilização do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (SAPIENS) nas condições de trabalho dos seus usuários nos aspectos relacionados a tempo de utilização do sistema, aumento de produtividade, celeridade processual, participação em teletrabalho, capacitação e reciclagem, bem como possíveis alterações na saúde do usuário.

Para alcance dos objetivos propostos, primeiramente foi realizada entrevista com o Procurador-Federal Dr. Eduardo Alexandre Lang, um dos idealizadores do SAPIENS, seguida de pesquisa documental e de pesquisa de natureza qualitativa, com objetivo exploratório e descritivo, utilizando estudo de caso.

Com base nas ações acima indicadas foi possível concluir que o SAPIENS trouxe alterações significativas ao *modus operandi*¹ organizacional, o que foi atestado por meio da pesquisa documental e da análise dos dados coletados por meio da aplicação do questionário.

No que se refere à produtividade, 62,7% dos respondentes informaram que sua produtividade aumentou com o uso do sistema, em comparação com o trabalho realizado com os processos físicos. Da mesma forma, foi percebida por 71,9% dos respondentes uma maior agilidade no trâmite processual e na simplificação de procedimentos. Tais resultados corroboram as informações inicialmente levantadas por meio da entrevista com o criador do SAPIENS. Na oportunidade foi dito que houve significativo ganho na celeridade processual comparando com os dados do sistema de registro de acompanhamento de processos, AGUDoc, hoje desativado, quando o tempo médio entre cada andamento processual passou de 28 para 3 dias.

Em relação à capacitação e reciclagem, o resultado da pesquisa também se coaduna com o que foi dito na entrevista, pois, para Lang, esse foi o maior desafio para a implantação do sistema, dada a dificuldade de realizar treinamentos adequados para usuários de todo o país. Os dados indicaram que 65,3% dos respondentes informaram que sentiram necessidade de capacitação/reciclagem em decorrência das funcionalidades exigidas pelo SAPIENS, ao mesmo tempo que 62,1% (1.718 respondentes) registraram que, apesar dessa necessidade de capacitação, esta não foi

1 Expressão em latim que significa “modo de operação”, utilizada para designar uma maneira de agir, operar ou executar uma atividade seguindo sempre os mesmos procedimentos, ou seja, refere-se a um padrão pré-estabelecido de realização de atividades e tarefas.

atendida. Nesse aspecto, vale ressaltar, ainda, que cursos presenciais foram indicados como o tipo de capacitação mais desejado pelos usuários respondentes (47, 2%).

O teletrabalho como uma possibilidade trazida pelo SAPIENS é claramente percebida pelos usuários, pois 94,3%, dos respondentes afirmaram verificar essa relação. Tal percepção materializa-se nos Escritórios de Trabalho Remoto (ETRs) da Procuradoria-Geral Federal e nas Equipes Virtuais de Alto Desempenho (E-QUADs) da Procuradoria-Geral da União. Outras iniciativas de teletrabalho também estão sendo desenvolvidas nos diferentes órgãos que compõem a AGU, como a Consultoria-Geral da União, a Escola da AGU e a Secretaria-Geral de Administração da AGU, esta responsável pelo teletrabalho no âmbito dos Servidores Técnico-Administrativos, na qual foi desenvolvido projeto piloto. A Portaria nº 287, de 28 de julho de 2017, estende a experiência piloto do Programa de Gestão da Secretaria-Geral de Administração aos servidores da Secretaria-Geral de Contencioso, Consultoria-Geral da União, Procuradoria-Geral Federal e Procuradoria-Geral da União.

Ressalta-se, no que tange à maior dificuldade enfrentada pelo usuário ao utilizar o SAPIENS, que o item de maior incidência foi “Não tenho dificuldades”, com 27,4% das respostas, seguido da opção “Interface pouco amigável”, com 19,8%. A expectativa inicial era de que este último, “Interface pouco amigável”, apresentasse o maior índice de escolha, visto que o SAPIENS abriga muitas peculiaridades inerentes à natureza e capilaridade da AGU.

Esse tema foi o que obteve maior diversidade de respostas, pois apresentou a opção “Outros”, onde o usuário poderia informar outras dificuldades distintas das já listadas nas opções, porém, apurando essas respostas, observou-se que, em sua maioria, elas recaíam nas opções já existentes, mas descritas com outras palavras. Registra-se que, no campo “Outros”, uma das dificuldades apontadas com maior incidência foi a lentidão do sistema. Inicialmente essa opção estava listada na questão, porém, durante a entrevista com o idealizador do SAPIENS, foi informado que essa situação é relacionada à rede de acesso à internet e não exatamente ao sistema. Conclui-se, dessa forma, que a impressão do usuário é de que tal lentidão é um problema do SAPIENS e não da internet do órgão ou de qualquer outro lugar no qual ele esteja acessando a ferramenta.

Por fim, abordando as implicações na saúde do usuário, não havia impressões, sistematizadas ou não, sobre o tema, uma vez que não foi

desenvolvido estudo anterior pelo órgão relacionando o impacto da utilização do SAPIENS na saúde dos seus colaboradores. Nesse aspecto, nota-se que, apesar da maioria dos respondentes terem informado que não observaram comprometimento da saúde nos fatores indicados no questionário (dores nos punhos e mãos, dores nas costas e aumento do sedentarismo e fadiga ocular ou visual), uma parcela significativa da amostra começa a demonstrar alguns desse sintomas em decorrência da incorporação do sistema em suas rotinas de trabalho. Tais dados devem ser considerados, uma vez que o SAPIENS possui três anos de funcionamento, sendo que apenas em maio de 2017 foi concluída sua implantação nacional. Faz-se mister que o órgão desenvolva, dentro das suas políticas de gestão de pessoas, ações específicas direcionadas à prevenção, mitigação e tratamento de tais sintomas ou doenças.

De acordo com Carvalho (2012, p. 110), observa-se que:

[...]o ato de abaixar para apanhar processos ou carregar volumes pesados de autos deixará de existir, todavia o trabalho permanente com o processo eletrônico também poderá acarretar problemas de saúde, em caso de digitação permanente, com leitura em tela e, ainda, sem caminhar. Logo, é essencial que os operadores do sistema do processo eletrônico saibam interromper o trabalho em períodos previamente estabelecidos e realizar rápidos exercícios durante o expediente.

Com base nas informações apresentadas, comprova-se quão amplo é o impacto da utilização do Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS nas condições de trabalho dos seus usuários. Os aspectos aqui apresentados não esgotam todos os fatores envolvidos no processo de modernização administrativa e de eficiência e eficácia organizacional, na qual está inserida a adoção de sistemas eletrônicos de processos e de gestão arquivística. Outros estudos, mais pontuais e específicos, podem ser realizados, de forma a aprofundar os conhecimentos aqui apresentados, bem como ampliar aspectos a serem abordados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Portaria nº 125, de 30 de abril de 2014*. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1257552#ementa.>> Acesso em 29/07/2017.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Sistema de Inteligência Jurídica completa semestre com 50 mil processos administrativos em tramitação*. Brasília,

2014. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/287744> Acesso em: 03 ago. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8539.htm>. Acesso em: 29 jul. 2017.

CARVALHO, Cesar Marques. Processo Judicial Eletrônico: um desafio necessário. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*, Rio de Janeiro: TRT 1ª Região, v. 23, n. 52, p. 105-115, 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (2017). *[Coleção Saraiva de Legislação]*. (54a ed.). São Paulo: Saraiva.

BRITTO JÚNIOR, A. F.;FERES JÚNIOR, N. A utilização da técnica da entrevista em trabalhos científicos. *Revista Evidência*, v. 7, n. 7, 2011.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002.

GODOY, Arlida Schmidt. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades. *Revista de administração de empresas*, v. 35, n. 2, p. 57-63, 1995.

YIN, Robert K. *Estudo de Caso: Planejamento e Métodos*. Bookman editora, 2015.

RECEBIDO EM: 21/11/2018
APROVADO EM: 08/03/2019

DE DESLOCADO INTERNO A REFUGIADO: CAMINHO DE IDAS E VINDAS

***FROM INTERNALLY DISPLACED TO REFUGEE: COMINGS
AND GOINGS***

Luciana Laura Carvalho Costa Dias

*Doutora em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília.
Bolsista CAPES em doutorado-sanduíche junto à Université Paris 5. Analista
junto à a Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, CODHES
(Colômbia), em estância doutoral. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo
Centro Universitário de Brasília. Procuradora Federal em Brasília.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução do conceito de deslocado interno; 2 Elementos de diferenciação entre deslocados internos e refugiados; 3 Pontos de contato e transmutação entre deslocados internos e refugiados; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata de duas categorias presentes no estudo dos direitos humanos - deslocados internos e refugiados-, ao mesmo tempo em que tem como objetivo explicitar pontos de contato e mesmo de transmutação entre elas. Embora se trate de duas categorias distintas, a constante alternância dessas condições em situações de violação aos direitos humanos evidencia a clareza da necessidade de proteção jurídica aos deslocados internos, sob pena de o Direito fechar os olhos para sofrimentos semelhantes exclusiva e burocraticamente por questões topográficas, como se uma linha imaginária circunstancialmente delineada (e chamada de fronteira) permitisse e legitimasse ora o sofrimento, ora a proteção humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito internacional. Direitos Humanos. Refugiados. Deslocados Internos. Proteção Internacional.

ABSTRACT: This article deals with two categories present in the study of human rights - internally displaced persons and refugees - while at the same time aims to make explicit points of contact and even transmutation between them. Although these two categories are distinct, the constant alternation of these conditions in situations of human rights violations highlight the need for legal protection for internally displaced persons, otherwise the Law will turn a blind eye to similar human suffering due to topographical and bureaucratic issues, as if an imaginary line circumstantially delineated (and called "board") allowed and legitimated both suffering and human protection.

KEYWORDS: International Law. Human Rights. Refugees. Internally Displaced Persons. International Protection.

INTRODUÇÃO

Duas categorias presentes no estudo dos direitos humanos são tema objeto do presente artigo – deslocados internos e refugiados.

Ao longo do artigo, serão expostas as peculiaridades da categoria dos deslocados internos, de modo a tornar evidente sua premente necessidade de específica proteção internacional. Nesse ponto, a temática tem sua relevância justificada.

Assim, no percurso acadêmico do artigo, explicitar-se-ão as diversas fases pelas quais passou a concepção da categoria dos deslocados internos, até os dias atuais, em que a definição mais pluralmente aceita é a presente nos “Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos”, além de se diferenciarem os deslocados internos de categoria de direitos humanos já consolidada e internacionalmente protegida - a dos refugiados.

No que pesem as diferenciações apontadas, pontos de contato e mesmo de transmutação entre deslocados internos e refugiados serão identificados.

1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DESLOCADO INTERNO

O artigo se debruçará sobre a temática do deslocamento ou deslocação interna. Trata-se de uma das várias formas de desenraizamento no mundo contemporâneo, cuja principal característica é que seus atores (ou vítimas), embora escapando de suas regiões de residência habitual, não cruzam uma fronteira internacional. Essencialmente, está-se diante de um problema causado ou exacerbado por violações de direitos humanos (OLIVEIRA, 2004).

A peculiaridade da situação jurídica em que se encontram os deslocados internos (DIs) dá-se especialmente em razão de sua dimensão internacional não ser imediatamente perceptível. Isso porque, em virtude de permanecerem no território do Estado de origem, o que os colocaria em posição aparentemente mais benéfica que os refugiados, os deslocados experimentam em verdade condição mais delicada: quando não são perseguidos pelo seu próprio governo, os deslocados internos são, muitas vezes, totalmente negligenciados por ele (OLIVEIRA, 2004).

Ainda tratando da mediata dimensão internacional do problema, tal ideia fica clara ao se perceber que a responsabilidade primária e imediata pelos deslocados internos recai sobre o governo do Estado de origem.

Nada obstante, em razão do fato de que, com alguma frequência, governos nacionais toleram e, não raro, chegam mesmo a causar o deslocamento, o sistema internacional tem desenvolvido um panorama jurídico com vistas à proteção das vítimas desse tipo de desenraizamento.

Dado esse cenário, são até mesmo chamados de “Homeless of the World”, ante o experimentado abandono interterritorial, somado à ausência de proteção internacional institucionalizada (CARE, 2013).

Nesse contexto, o crescente registro de situações em que inúmeras pessoas se veem forçadas a abandonar as suas casas e deslocar-se para outras partes dos seus países, a fim de fugir aos riscos e à degradação humana a que estavam expostos, por serem vítimas de constantes violações dos seus direitos humanos, quer por se encontrarem no centro de conflitos armados ou de situações de violência generalizada, quer por terem sido atingidos por desastres provocados pela natureza ou pelo homem, assumiu uma proporção de tal forma preocupante que inevitavelmente captou paulatinamente a atenção da comunidade internacional (PEDROSO, 2011).

A migração interna forçada não pode ser considerada um fenômeno propriamente recente, mas se intensificou consideravelmente com o contexto geopolítico dos anos 1970-1990, nomeadamente com as crises humanitárias e os numerosos deslocamentos conhecidos como “dos Grandes Lagos”, ocorridos em Ruanda, Burundi, República Democrática do Congo, entre outros países africanos (PHUOG, 2005).

De forma inicial, ocorreu em Agosto de 1988, durante a Conferência Internacional sobre a situação dos Refugiados, Retornados e Deslocados na África Austral, a primeira iniciativa das Nações Unidas visando a chamar a atenção para a questão da assistência institucionalizada aos deslocados internos. No ano seguinte, os deslocados internos mereceram também particular atenção na Conferência Internacional sobre os Refugiados da América Central.

A mesma questão dos deslocados internos captou também a atenção do Conselho Económico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), em 1990, que veio a adotar a Resolução 1990/78 de 27 de Julho de 1990, em relação a qual o consultor Jacques Cuénod submeteu ao ECOSOC em 1991 um relatório sobre refugiados, deslocados internos e retornados. Esse relatório apresentava uma análise realizada por várias entidades das Nações Unidas, de Organizações Internacionais (OI) e de ONGs concernente à proteção e

à assistência prestada por estas aos refugiados, aos deslocados internos e aos retornados e de acordo com os seus mandatos e recursos disponíveis.¹

Em 1992, o Secretário-Geral da ONU Boutros Boutros-Ghali apresentou ao ECOSOC um relatório analítico sobre os deslocados internos. No mesmo ano e como resposta ao pedido da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos (CNUDH), atual Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDHNU), o Secretário-Geral designa Francis Deng como o seu primeiro Representante para as Pessoas Deslocadas Internamente. O seu mandato consistiu na recolha exaustiva e análise profunda de dados concernentes aos deslocados internos e na elaboração de um estudo abrangente sobre essa matéria (PEDROSO, 2011).

Nesse contexto, a primeira definição normativa de deslocados internos foi proposta pelo Secretário-Geral da ONU em 1992, com a intenção de ressaltar especialmente o caráter involuntário do deslocamento e a permanência das pessoas dentro das fronteiras dos seus países. Em sua acepção inicial, deslocados internos eram:

Pessoas, ou grupos de pessoas que foram forçados a fugir de suas casas, de forma repentina ou inesperada, em grandes números, como resultado de conflito armado, lutas internas, violações sistemáticas de direitos humanos ou calamidades naturais ou humanas, e que permanecem dentro do território seu país².

Essa definição foi revisada ao longo dos anos 90, por meio de debates de cunho jurídico e político impulsionados por organizações da sociedade civil no seio da Comissão de Direitos Humanos da ONU.

O resultado foi a definição consagrada em 1998, no primeiro instrumento normativo de proteção desse grupo, os “Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos”, que, além de firmarem entendimento sobre a necessidade de proteção internacional aos deslocados internos, orientam como esta deve ocorrer em todas as diferentes fases do deslocamento forçado. Segundo esse instrumento, deslocados internos são:

¹ United Nations Economic and Social Council, Report on refugees, displaced persons and returnees, prepared by Mr. Jacques Cuénod, Consultant, UN Document: E/1991/109/Add.1, pp. 5-6, 27 June 1991.

² United Nations Commission on Human Rights, Analytical Report of the Secretary-General on Internally Displaced Persons, UN Doc. E/CN.4/1992/23, 14 de fevereiro de 1992.

Pessoas, ou grupos de pessoas, forçadas ou obrigadas a fugir ou abandonar suas casas ou seus locais de residência habituais, particularmente em consequência de, ou com vistas a evitar os efeitos dos conflitos armados, situações de violência generalizada, violações de direitos humanos ou calamidades humanas ou naturais, e que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente reconhecida de um Estado³.

Assim, em apertada síntese histórica, verifica-se que o conceito de pessoas deslocadas internamente surgiu das práticas humanitárias da década de 1990 pela comunidade internacional, organizações internacionais (OI) e organizações não governamentais (ONGs). Os deslocados internos o são oficialmente assim referidos desde a adoção dos aludidos Princípios Orientadores sobre o Deslocamento Interno em fevereiro de 1998, liderada por Francis M. Deng, ex-representante do Secretário-Geral da ONU sobre os direitos humanos das pessoas internamente deslocadas.

Ao estabelecer um quadro normativo específico, esses Princípios Orientadores tentaram ordenar no mesmo documento os direitos dos Deslocados Internos (DIs) e as obrigações dos Estados, mas acima de tudo eles definiram os DIs internacionalmente, de forma a esclarecer as ambiguidades existentes e a superar as deficiências dos textos sobre a questão da migração interna forçada (COURNIL, 2009).

Essa definição mais abrangente, juntamente com os novos direitos e responsabilidades referentes à prevenção, assistência humanitária, proteção, retorno e reintegração dos deslocados internos presentes no Princípios Orientadores, passaram a guiar o regramento humanitário internacional, promovendo reformas estruturais no modo como se concebe e se implementa o humanitarismo em situações de deslocamento forçado.

O impacto dos deslocados internos no campo legal não foi menos profundo. Além de serem endossados por organizações regionais, agências especializadas, cortes internacionais e outros mecanismos de monitoramento de direitos humanos, os Princípios Orientadores serviram de base para dois tratados internacionais, com efeito vinculante, da região africana, i. e. Protocolo para a Proteção de Deslocados Internos da Região dos Grandes Lagos (2008) e a Convenção da União Africana para Proteção e Assistência aos Deslocados Internos (2009).

³ United Nations Commission on Human Rights, Report of the Representative of the Secretary-General on Internally Displaced Persons: Guiding Principles on Internal Displacement, UN doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de fevereiro de 1998.

No continente americano, menção às vulnerabilidades específicas dos deslocados internos estão presentes em dois tratados internacionais da região, i.e. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) e Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (2013). Além disso, inúmeros países têm legislações domésticas baseadas nos Princípios Orientadores que disciplinam a proteção dos deslocados internos no plano interno. Dentre esses países estão Angola, Burundi, Libéria, Uganda, Índia, Sri Lanka, Azerbaijão, Bósnia, Geórgia, Rússia, Sérvia, Turquia, Colômbia e Peru⁴.

Em menos de uma década, os deslocados internos tornaram-se um grupo vulnerável reconhecido internacionalmente, cujas necessidades especiais de proteção deveriam ser reguladas e atendidas pela sociedade internacional nas modalidades jurídica e institucional. A “necessidade de proteção internacional dos deslocados internos” emergiu, portanto, como norma internacional integrante do corpo normativo dos direitos humanos e da prática humanitária.⁵

Nesse contexto, é importante ter claro que a finalidade de identificar os DIs como uma categoria distinta de preocupação internacional não é o mesmo que privilegiá-los, mas sim garantir que suas necessidades sejam

⁴ Cf. IDMC (Internal Displacement Monitoring Center) – GRID 2016 (Global Report on Internal Displacement). Disponível em: www.internal-displacement.org/global-report2016/#home (acessado em jan.2017). Acesso em jan. 2018.

⁵ Nesse contexto de migração forçada, é oportuno trazer à discussão o conceito de “hospitalidade” tal como trabalhado por Derrida (2001). Para o autor, a hospitalidade é o ato fundamental da ética e da receptividade para com o outro. Derrida procura defender um conjunto de direitos cosmopolitas para os requerentes de asilo, refugiados e imigrantes que vão além da autoridade estatal e da legislação. Ele chama isso de “hospitalidade incondicional”, a qual descreve como a dimensão ética da hospitalidade. Em tal dimensão, a formulação de categorias para indicar quem deve ter o direito de pleitear o asilo ou o direito de permanecer não faz sentido. Nada obstante, no contexto contemporâneo, em que mesmo categorias já formalmente reconhecidas como detentoras de direitos específicos de proteção, como os refugiados, encontram toda sorte de dificuldade na implementação de sua proteção internacional, a noção de hospitalidade incondicional parece ser uma compreensão bastante pouco realista. Assim, juntamente com a hospitalidade incondicional, Derrida introduz a ideia da hospitalidade condicional. Ao passo que a hospitalidade incondicional seria a ética da hospitalidade, a hospitalidade condicional representaria a dimensão política da hospitalidade, vale dizer o direito de receber e de ser bem-vindo. No discurso humanitário do deslocamento interno, a hospitalidade condicional poderia ser representada pela abordagem condensada nos Princípios Orientadores mencionados, formulados para proteger e auxiliar os deslocados internos. O ponto de partida para a hospitalidade condicional é o direito de pertencer a uma categoria, e os direitos associados a tal categoria. A consequência de uma hospitalidade condicional é, em primeiro lugar, que o deslocamento interno se torne uma responsabilidade institucional. Está no poder da instituição – representada pela comunidade humanitária ou por um governo – decidir quem tem o direito de ser bem-vindo, e definido como um DIs, e, então, decidir quem pertence a esta categoria. Em segundo lugar, a hospitalidade condicional denota um direito particular a um determinado local. É o movimento das pessoas e o status que determina seu direito à proteção e à assistência (BRUN, 2010).

abordadas e seus direitos humanos sejam respeitados em pé de igualdade com os de outras pessoas (MOONEY, 2005).

2 ELEMENTOS DE DIFERENCIADA ENTRE DESLOCADOS INTERNOS E REFUGIADOS

Explicitada a categorização dos DIs, impende sejam feitas algumas diferenciações fundamentais, especialmente no que se refere à categoria dos refugiados.

De modo propedêutico e direto, existem duas diferenças principais entre o *status* dos refugiados e o dos DIs. O primeiro é o fato de que, ao contrário dos deslocados internos, os refugiados gozam de um *status* legal adequado, a Convenção da ONU de 1951; o segundo é apresentado pelo elemento transfronteiriço, que existe apenas para os refugiados.

Apesar de os deslocados internos serem frequentemente chamados de “refugiados internos”, o conceito de deslocamento interno engloba causas adicionais de deslocamento que vão além das situações aplicáveis ao fluxo de refugiados.

Os deslocados internos, embora agrupados em uma mesma categoria, são constituídos por pessoas vítimas de deslocamentos motivados por uma variedade de causas distintas. Apresentam, no entanto, duas semelhanças: seu deslocamento foi forçado e eles permanecem dentro das fronteiras de seu estado de origem.

Deve-se compreender que essa definição de DIs é descritiva e não legal, uma vez que não proporciona um estatuto jurídico especial para as pessoas deslocadas, em comparação com a categoria de refugiados no sistema jurídico internacional.

O estatuto de refugiado confere aos seus titulares certos direitos e proteção internacional, enquanto o reconhecimento como DIs não cria um estatuto jurídico especial, uma vez que os deslocados internos ainda estão sob a jurisdição do seu próprio governo e não podem reivindicar quaisquer direitos adicionais aos que desfrutam os seus compatriotas (SILSKA, 2014).

Nos termos da aludida Convenção de 1951⁶ e seu correlato Protocolo, refugiado é aquele que, em virtude de fundado medo de ser perseguido

6 United Nations. Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951). Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

por razões de raça, religião, participação social em um determinado grupo social ou opinião política, está fora do país de sua nacionalidade e é incapaz ou, em razão do aludido medo, não está disposto a se beneficiar da proteção desse país; ou que, não tendo nacionalidade e fora do país de sua antiga residência habitual como resultado de tais eventos, é incapaz ou, por ocasião do medo, não está disposto a retornar a ele.

Assim, existem quatro elementos para o *status* de refugiado da Convenção, a saber extraterritorialidade (deve ter ocorrido a travessia de uma fronteira internacional); um medo fundado de perseguição; falta de proteção do governo; e perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social específico ou em virtude de opinião política.

A Convenção, por ser um instrumento vivo, é capaz de adaptar-se às condições modernas e está sujeita à evolução interpretativa. A perseguição é o principal fator determinante no *status* de refugiado, e é sobre esse ponto que vemos a evolução mais significativa da interpretação. Ilustrativamente, a perseguição sofrida não precisa ser instigada pelo Estado: também pode ocorrer, por exemplo, quando atores não estatais, como milícias ou grupos paramilitares, cometem perseguição (BLUNNIE, 2014).

A Convenção internacional de refugiados não foi projetada para lidar com a guerra civil sem fim e com as falhas do Estado na origem do deslocamento global de hoje. Foi idealizada para proteger fluxos discretos de minorias perseguidas e dissidentes que poderiam ser rapidamente absorvidos pelos demais Estados.

Ela foi criada na sequência da Segunda Guerra Mundial, quando milhões foram deslocados em toda a Europa – um desastre humanitário que ameaçou causar mais e mais conflitos. A incipiente NU precisava de soluções para proteger, reassentar e garantir os direitos das pessoas deslocadas que não pudessem retornar aos seus países de origem, de modo que ela simultaneamente se viu envolvida em um projeto mais amplo de criação de leis internacionais de direitos humanos como forma de consolidar o grito coletivo de “nunca mais” após as atrocidades do Holocausto (GOLDENZIEL, 2017).

3 PONTOS DE CONTATO E TRANSMUTAÇÃO ENTRE DESLOCADOS INTERNOS E REFUGIADOS

Para se iniciar um entendimento acerca da relação existente entre o deslocamento interno e os movimentos de refugiados e demais migrantes transfronteiriços, dois pressupostos podem ser considerados. Primeiro que

muitos, se não a maioria, dos refugiados foram deslocados internamente antes de atravessarem uma fronteira internacional, mesmo que por um curto período ou em trânsito; e, em segundo lugar, os DIs são os principais candidatos a se tornar refugiados ou migrantes.

Toda pessoa desenraizada tem uma história diferente. Alguns deixam suas casas com pouco ou nenhum aviso, escapando de um ataque ou de um desastre iminente, levando consigo apenas o que eles podem carregar. Outros percebem uma crise aproximando-se e dispõem de mais tempo para se preparar para a sua nova vida.

Alguns podem acabar em deslocamento pendular dentro ou através das fronteiras, voltando para suas casas regularmente para verificar suas propriedades ou terrenos. Outros desistem da perspectiva de paz ou de reconstrução e, além disso, procuram refugiar-se no estrangeiro, muitas vezes encorajados por familiares, amigos ou compatriotas que fizeram a mesma jornada. Alguns desses movimentos ocorrem em massa, mas, em muitos casos, as pessoas deixam suas residências individualmente ou em grupos pequenos e tornam-se, por isso, difíceis de serem detectados em censos ou dados oficiais.

Há também muitas maneiras pelas quais uma pessoa que tenha escapado através de uma fronteira possa retornar. Pode vir a ser deportada ou retornar voluntariamente, pode ter seu trânsito documentado ou viajar incógnita. Todos esses fatores têm um impacto significativo nas chances de reintegração sustentável dos deslocados em seu país de origem. Assim, conseguir uma solução duradoura para o deslocamento interno ou transfronteiriço é um processo gradual e, muitas vezes, de longo prazo para remover os obstáculos à (re) integração. Isso envolve a redução dos riscos e vulnerabilidades decorrentes do processo de migração e retorno.

Nesse contexto, a transmutação de refugiado para deslocado interno pode ocorrer.

Muitos refugiados que retornam enfrentam o deslocamento interno de fato, caso não possam voltar para seu local de origem ou se reintegrar de forma sustentável em outros lugares. DIs também podem se submeter a um deslocamento interno secundário, nas mesmas condições retro mencionadas.

Desse modo, desde o início até o fim do ciclo de deslocamento, as pessoas são forçadas a deixar suas casas em diferentes pontos ao longo

de um *continuum*, com diferentes necessidades, riscos e vulnerabilidades. Aumentar a sua resiliência requer os esforços combinados dos governos em nível nacional, estadual e local; das agências humanitárias internacionais e de desenvolvimento, dos próprios deslocados internos, das comunidades locais, da sociedade civil, do setor privado e das organizações de direitos humanos e paz e segurança. Uma compreensão mais abrangente da relação entre o deslocamento interno e o movimento transfronteiriço é vital para que os tomadores de decisões políticas identifiquem qual dessas partes interessadas deve ser protegida e quando⁷.

Em se tratando de deslocamentos induzidos por desastres, há consenso no sentido de que, em sua grande maioria, esses tendem a ocorrer internamente⁸. Essa constatação é resultado de pesquisas preliminares realizadas para levantar dados de mais de 100 desastres que ocorreram em 2016, ocasião em que se utilizou uma variedade de termos de relatório relacionados ao deslocamento para identificar casos transfronteiriços.

O pequeno número de deslocamentos transfronteiriços que foi identificado parece apoiar a suposição de que fatores que levam as pessoas a atravessarem fronteiras incluem a extensão do dano causado por um desastre, o acesso insuficiente a serviços básicos e a assistência de recuperação, bem como a proximidade e a porosidade das fronteiras mais próximas.

A grave crise alimentar ou a fome provocada por uma seca recorrente em um pano de fundo de pobreza e insegurança em algumas partes do Corno da África ilustra a importância de se entender que o deslocamento transfronteiriço pode ser fundamental para a sobrevivência e a resiliência das populações vulneráveis.

Evidências anedóticas⁹ de países onde os movimentos transfronteiriços de deslocados internos que fugiram de conflitos e de perseguições foram relatados – em todo o Oriente Médio, partes da África e da América Central – indicam vários fatores que ajudam a determinar sua decisão de

⁷ Cf. IDMC (Internal Displacement Monitoring Center) – The invisible majority (nov. 2017): Today's IDPs tomorrow refugees? Disponível em: <<http://www.internal-displacement.org/library/publications/2017/thematic-series-the-invisible-majority>>. Acesso em: jan. 2018.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

sair. Estes incluem a sua proximidade ou não para com uma fronteira e seus recursos financeiros.

A Síria foi o exemplo mais visível em 2016 da conexão entre o sofrimento humano dentro das fronteiras de um país e o êxodo no exterior. Durante seis anos de guerra civil, mais da metade da população pré-guerra do país de 22 milhões de pessoas foi deslocada dentro ou através de suas fronteiras.¹⁰

Diante de tais níveis de violência e caos, o deslocamento é uma estratégia de sobrevivência. Muitas pessoas foram obrigadas a deslocar-se no país várias vezes em busca de segurança nos últimos anos, porque uma única movimentação não os protegeu das linhas de batalha em constante mudança e da degradação dos serviços básicos. Um estudo relatou que as famílias se deslocavam em média entre duas e vinte cinco vezes¹¹.

Cada vez mais desesperados por um refúgio seguro, muitos finalmente fizeram a jornada agora infamemente perigosa no exterior como refugiados e requerentes de asilo. Os padrões observados na Síria, de pessoas que estão sendo deslocadas internamente várias vezes apenas para então fugir completamente do país, onde não conseguem encontrar segurança, podem ser vistos em outros lugares.

Nesse contexto de porosidade entre as categorias de deslocados internos e refugiados, resta evidente que os refugiados de hoje podem vir a ser os deslocados internos de amanhã.

Isso porque, junto com a integração local e o reassentamento, o retorno ou o repatriamento voluntário é considerado uma solução duradoura para o ciclo de refugiados. Evidências de todo o mundo, no entanto, apontam para o fato de que muitos repatriados se tornam deslocados internamente, uma vez que retornam aos seus países de origem.

De acordo com o Banco Mundial¹², os retornos de refugiados refletiram um aumento considerável no número de deslocados internos em 46 por cento dos casos entre 2000 e 2016.

10 United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Raqqa situation update, 31 January 2017, disponível em: goo.gl/dW7geS. Acesso em abril de 2018.

11 Ibidem.

12 Cf. IDMC (Internal Displacement Monitoring Center) – GRID 2017 (Global Report on Internal Displacement). Disponível em: <http://www.internal-displacement.org/library/publications/2017/thematic-series-the-invisible-majority>. Acesso em jan. 2018.

Os dois casos de alto perfil de retornos em grande escala em 2016 apresentaram riscos consideráveis e, de fato, evidências de deslocamento interno. Cerca de 600 mil afegãos voltaram do Paquistão para um país que já estava enfrentando altos níveis de deslocamento interno. Evidências da Somália também sugerem que as pessoas que retornam do Quênia enfrentam um risco real, tornando-se, portanto, deslocados internos.¹³

Esses retornos em larga escala, sejam forçados, sejam espontâneos ou assistidos, levaram as agências das Nações Unidas e as ONGs a alertarem que um deslocamento secundário significativo é provável. Os repatriados indocumentados e involuntários ficam particularmente em situação de risco, uma vez que tendem a não ser monitorados ou assistidos. Como tal, eles são muito menos propensos a se reintegrar nas suas comunidades de origem.

Para aqueles que retornam, muitas vezes trata-se de um processo de tentar construir novas vidas em um ambiente transformado, ao invés de meramente restabelecer sua existência anterior. Muitos não voltam para seus locais de origem, movendo-se em vez disso para os centros urbanos em busca de segurança, de meios de subsistência e de oportunidades educacionais. Isso foi verdade para quase dois milhões de sudaneses do Sul, em grande parte rural, que voltaram após a assinatura do acordo de paz celebrado para acabar com a segunda guerra civil do país, verificada, com isso, a duplicação da população de Juba entre os anos de 2005 e 2011¹⁴.

Assim, os refugiados retornados comumente se juntam a um grande número de deslocados das áreas rurais para áreas urbanas, e enfrentam muitos dos mesmos problemas que os pobres urbanos experimentam, mas com o trauma de terem sido desarraigados (muitas vezes mais de uma vez), somadas a isso a discriminação, a falta de documentação, as redes de apoio fraturadas e as perspectivas de emprego precárias.

Apesar da ênfase na Convenção de Refugiados de 1951 sobre o princípio do “non refoulement”, ou não repulsão, que é reconhecido como a pedra angular da política de repatriamento, os retornos em larga escala são muitas vezes mais politicamente direcionados e menos voluntários.

¹³ Cf. IDMC (Internal Displacement Monitoring Center) – GRID 2017 (Global Report on Internal Displacement). Disponível em: <http://www.internal-displacement.org/library/publications/2017/thematic-series-the-invisible-majority>. Acesso em jan. 2018.

¹⁴ Cf. IDMC (Internal Displacement Monitoring Center) – GRID 2017 (Global Report on Internal Displacement). Disponível em: <<http://www.internal-displacement.org/library/publications/2017/thematic-series-the-invisible-majority>>. Acesso em: jan. 2018.

No Sudão do Sul, por exemplo, o ímpeto era ter quantos retornados quanto possível a tempo para o censo de 2008, que abriu o caminho para o referendo sobre a independência. No Camboja, a motivação foi a participação das pessoas nas eleições de 1993. Na Europa, a pressão política dos países da União Europeia (UE) que hospedaram refugiados da Bósnia desempenhou um papel importante nos retornos iniciais na década de 1990.¹⁵

Assim, os regimes de repatriamento em larga escala são normalmente geridos por programas de regresso voluntário assistido e de reintegração, mas existem dúvidas quanto ao aspecto voluntariado dessas iniciativas quando são realizadas em estreita parceria com os governos anfitriões, que têm interesse em reduzir o número de refugiados (GOODWIN-GILL, 1978).

Os refugiados e os migrantes que se deslocam internamente, quando retornam para casa, vivem em campos de posseiros ou favelas, e podem ser obrigados a mudar-se novamente em um esforço para satisfazer suas necessidades básicas ou para escapar de novas corridas de combate. Eles claramente não podem ser considerados pessoas que encontraram uma solução duradoura para o seu deslocamento.¹⁶

As circunstâncias e os fatores que envolvem a decisão de retornar – seja de modo voluntário seja forçado – pesam fortemente sobre as chances de uma pessoa se reintegrar.¹⁷

As dificuldades associadas à restituição de terras e de propriedades podem reduzir de forma significativa a capacidade de reintegração dos repatriados. Outros fatores também podem constituir obstáculos para voltar, incluídos a incerteza sobre a situação de segurança, os medos e os traumas associados às experiências passadas de conflito ou violência e a falta de acesso a serviços como saúde e educação.

Uma vez explicitada a possível dupla transmutação entre os DIs e os refugiados, ainda na temática de se esclarecer a tênue linha divisória

¹⁵ IDMC (Internal Displacement Monitoring Center) – GRID 2017 (Global Report on Internal Displacement), op. cit.

¹⁶ Cf. IDMC (Internal Displacement Monitoring Center) – GRID 2017 (Global Report on Internal Displacement). Disponível em: <<http://www.internal-displacement.org/library/publications/2017/thematic-series-the-invisible-majority>>. Acesso em: jan. 2018.

¹⁷ Cf. IDMC (Internal Displacement Monitoring Center) – The invisible majority (nov. 2017): Are Today's returning refugees tomorrow's IDPs? Disponível em: <<http://www.internal-displacement.org/library/publications/2017/thematic-series-the-invisible-majority>>. Acesso em: jan. 2018.

entre tais categorias, cabe explorar um caso prático real, em que a distinção aludida não é perpetrada em nível local.

Trata-se do nordeste da Índia, intercalado entre a China, Bhutan, Bangladesh e Birmânia. É a região onde a Índia parece cada vez menos a Índia e cada vez mais com as terras altas do Sudeste Asiático. Muitas vezes descrito como a “franja mongoloide” da Índia, esta é uma área da Índia pós-colonial que passou a ser incorporada a um império subcontinental centralizado somente durante o domínio britânico. Todas as tentativas anteriores, realizadas por outros impérios pré-britânicos da Índia continental, de assumir áreas que atualmente constituem o nordeste do país falharam. Assim, a lembrança de ser independente até o advento do domínio britânico no século XIX alimentou poderosos movimentos separatistas na região de 225 mil quilômetros quadrados. Os grupos separatistas muitas vezes argumentam que, quando a Índia ganhou a independência dos britânicos, eles deveriam ter conseguido a deles também.

Nessa realidade, o conceito de “deslocamento interno” raramente é usado no domínio popular no nordeste da Índia; relatórios de mídia e correspondências oficiais referem-se a pessoas internamente deslocadas como “refugiados”. Então, os jornais de Tripura falam sobre “Refugiados Reang” (Reangs deslocados de Mizoram e que agora moram em Tripura), da mesma forma que falam sobre “refugiados Chakma” (Chakmas que fugiram para Tripura de Bangladesh depois de grandes conflitos entre as forças de segurança de Bangladesh e os guerrilheiros Shanti Bahini nos Chittagong Hill Tracts durante a década de 1980 e a década de 1990).

Os relatórios governamentais também não fazem distinção entre os “deslocados internos” e aqueles que entraram para se refugiar vindos de outros países. Campos que abrigam pessoas internamente deslocadas também são chamados de “campos de refugiados” em relatórios governamentais e correspondências oficiais. Somente alguns grupos não-governamentais, com exposição ao discurso global sobre refugiados e deslocamentos internos, tendem a fazer essa distinção (BANERJEE *et al.*, 2005).

Mesmo em se tratando de documentos jurídicos, observa-se a destinação explícita tanto a refugiados quanto a pessoas deslocadas internamente (BARBER, 2008). É o caso dos chamados “Pinheiro Principles”, que se endereçam a refugiados, DIs e “pessoas deslocadas através das fronteiras, por exemplo, devido a conflitos ou desastres, que

podem não cumprir a definição legal de um refugiado em lei internacional de refugiados ¹⁸:

No campo acadêmico, fica claro que as preocupações de proteção aos refugiados, representados pelo campo de estudos dos refugiados, muitas vezes se sobrepõem às de outros migrantes forçados, e até mesmo de migrantes em geral, representados pelo campo de estudos de migração forçada.

Porém, como visto, os migrantes forçados internos estarão em fuga por muitas das mesmas razões que os refugiados. E os migrantes transfronteiriços, sejam eles refugiados ou não, todos enfrentam restrições sistêmicas do regime de migração internacional. As condições para um diálogo acadêmico significativo estão assim em vigor, uma vez que, apesar das diferenças fundamentais que distinguem os refugiados de outros migrantes forçados, ainda há suficiente sobreposição entre ambos os mundos acadêmicos para garantir que os campos tenham algo significativo para dizer um ao outro (HATHAWAY, 2007).

Assim, sabendo-se que o movimento dos refugiados e dos deslocados internos tem hoje em grande medida as mesmas causas, quais sejam conflitos armados, violações maciças e sistemáticas dos direitos humanos, atos de violência generalizada, distúrbios na ordem interna, desastres, etc., além da “clássica” perseguição em razão da raça, nacionalidade, opinião política ou filiação a um determinado grupo social, pode o Direito ser tão desigual por uma questão puramente territorial em relação à proteção dos direitos humanos — ditos “universais” dos indivíduos? (MORIKAWA, 2006, p. 148-153).

Como explicar juridicamente a ausência da proteção internacional específica (na quase sempre presente ausência da nacional) para pessoas que são obrigadas a deixar o seu local habitual de residência pelas mesmas causas dos refugiados e que têm idêntica necessidade de assistência e proteção?

4 CONCLUSÃO

O problema dos deslocados internos não pode mais ser discutido no contexto meramente nacional ou como uma questão simplesmente humanitária. Deslocados internos não fazem parte de um simples “*internal affair*” do Estado nem são meros objetos de caridade. Como pode uma

¹⁸ United Nations. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons, 28 June 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/17.

pessoa, que a princípio é um nacional e tem a proteção (ao menos de jure) de seu país vir a ser um refugiado em seu próprio território? (MORIKAWA, 2006, p. 148-153).

Neste artigo, evidenciou-se os pontos de contato entre os refugiados e os deslocados internos, tanto por meio de demonstração de evidências de que, em proporções altas, refugiados relatam terem sido deslocados internamente antes de fugir através das fronteiras, quanto por meio da exposição de que refugiados que se tornam deslocados internos, em uma inversão do raciocínio consequencial acima exposto, quando seu repatriamento ocorre, são submetidos a situações de segurança e de estabilidade questionáveis.

Demonstrou-se ainda a confusão prática entre as duas categorias tanto em âmbitos de meios de comunicações locais quanto em documentos jurídicos que se debruçam sobre a temática.

Frente a isso, a clareza da necessidade de específica proteção jurídica aos deslocados internos faz-se mais evidente, sob pena de o Direito fechar os olhos para sofrimentos semelhantes exclusiva e burocraticamente por questões topográficas, como se uma linha imaginária circunstancialmente delineada (e chamada de fronteira) permitisse e legitimasse ora o sofrimento, ora a proteção humanos.

REFERÊNCIAS

- BANERJEE, P.; CHAUDHURY, S. B. R.; DAS, S. K.; ADHIKARI, B. Internal Displacement in South Asia: The Relevance of the UN's Guiding Principles. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2005.
- BARBER, R. J. Protecting the Right to Housing in the Aftermath of Natural Disaster: Standards in International Human Rights Law, *International Journal of Refugee Law*. Oxford: Volume 20, Issue 3, pp 432–468, 1 October 2008.
- BLUNNIE, B. Climate Change and Forced Displacement: Conceptual and Legal Issues. King's Inns Student Law Review. Dublin: 87, pp. 87-104 (2014).
- BRUN, C. Hospitality: Becoming 'IDPs' and 'Hosts' in Protracted Displacement. *Journal of Refugee Studies*. Oxford: 23(3), pp. 337–355. 2010.
- CARE, G. The Homeless of the World: Protection for the Internally Displaced in India the Role of the Courts. *ISIL Yearbook of International Human. & Refugee Law*, New Dehli: 12-13 (2012-2013).

COURNIL, C. L'émergence d'un droit pour les déplacées internes. *Revue québécoise de droit international*. Québec : 22.1 (2009).

DERRIDA, J. *On Cosmopolitanism and Forgiveness*. London: Routledge. (2001)

GOLDENZIEL; J. I. Displaced: A Proposal for an International Agreement to Protect Refugees, Migrants, and States. *Berkeley Journal of International Law*. Berkeley: Volume 35, Issue 1 (2017).

GOODWIN-GILL, G. *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford: Oxford University Press, p 201, 1978.

HATHAWAY, J. C. Forced Migration Studies: Could We Agree Just to 'Date'? *Journal of Refugee Studies*. Oxford: Volume 20, Issue 3, Pages 349–369, 1 September 2007.

MOONEY, E. The concept of internal displacement and the case for internally displaced persons as a category of concern. *Refugee Survey Quarterly*. Oxford: 24(3), pp. 9–26. 1 september 2005.

MORIKAWA, M. M. Deslocados Internos: Entre a soberania do Estado e a protecção internacional dos Direitos do Homem. Uma crítica ao sistema internacional de protecção dos refugiados. Coimbra: *Stvdia Ivridica n. 87*. Coimbra. May 2006.

OLIVEIRA, E. C. A protecção jurídica internacional dos deslocados internos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza: n. 5, p. 73-92, dez. 2004.

PEDROSO, A. M. S. A problemática dos deslocados internos. Da Natureza dos Conflitos Armados da Actualidade às Respostas da Comunidade Internacional. 2011. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade Técnica de Lisboa.

PHUONG, C. *The International Protection of Internally Displaced Persons*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 6-9, 2005.

SILSKA, Magdalena. Protection of Internally Displaced Persons: An International Legal Obligation? (July 3, 2015). *Polish Yearbook of International Law*. Warszawa: v. 34, pp. 249-271, 2014.

RECEBIDO EM: 21/08/2017
APROVADO EM: 18/09/2017

O PAPEL DA TRIBUTAÇÃO NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA NO ÂMBITO DE PAÍSES EM DESENOVOLVIMENTO

THE ROLE OF TAXATION IN PROMOTING JUSTICE IN DEVELOPING COUNTRIES

Pedro Henrique Belo Lisboa Trento

Professor nos cursos de especialização da PUC Minas. Mestrando em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Tributário pelo IBET.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento; 1.1 Breve contextualização; 1.2 Instrumentos da distribuição de recursos: tributação e gasto público; 1.3 O argumento em prol da tributação do consumo na Era da modernidade líquida 1.4 A dificuldade na distribuição de recursos via gasto público em comunidades com alto grau de desigualdade; 1.5 A Teoria liberal-igualitária de John Rawls; 1.6 O primeiro princípio de justiça, seu papel redistributivo e o direito tributário; 2 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Em uma realidade mundial cada vez mais marcada pela desigualdade social e precariedade para os mais pobres, a tributação, mais do que nunca, ganha espaço de destaque nos debates ao redor do globo, mormente entre juristas, economistas e filósofos. É nela que muitos depositam a missão de romper com o malfadado status quo posto e, mais além, mudar a direção que hoje é percorrida de maneira generalizada e que leva o mundo a um futuro ainda mais preocupante, sinalado por crescente iniquidade. Assim, muito se discute sobre até onde deve ir o papel do tributo na persecução da justiça; se deve ele ter um papel sumariamente arrecadatório e com isso possibilitar ações afirmativas de um Estado Social, ou se deve ele próprio ser utilizado como ferramenta capaz de redistribuir. No âmbito de sociedades em desenvolvimento, realidades marcadas por paulatina desigualdade socioeconômica, a equidade parece depender sim da utilização de um sistema tributário que trabalhe em prol da redistribuição, principalmente em virtude de sua inigualável capacidade de nivelamento econômico e social entre cidadãos. Esta resposta, por sua vez, vem como um grande alerta, frente à tendência de política tributária global que, a cada dia mais, privilegia métodos de arrecadação regressivos.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação. Justiça. Competição Tributária. Regressividade.

ABSTRACT: In a world increasingly marked by social inequality and precariousness for the poorest, taxation, more than ever, has gained prominence in debates around the globe, especially among jurists, economists and philosophers. It is in it that many put on the duty to break with the ill-fated status quo and, furthermore, to change the direction that is now widely pursued and that leads the world into an even more worrying future, marked by growing inequality. Thus, much is discussed about how far the role of tribute in the pursuit of justice should go; whether it should have a summarily fund collecting role and thus enable affirmative actions by a Social State, or whether it should be used as a tool capable of redistributing. In the context of developing societies, realities marked by gradual socioeconomic inequality, fairness seems to depend on the use of a tax system that works for the sake of redistribution, mainly due to its unparalleled capacity of economic and social leveling among citizens. This response, furthermore, comes as a great warning, in the face of the trend of global tax policy that, every day, favors regressive taxation methods.

KEYWORDS: Taxation. Justice. Tax Competition. Regressivity.

INTRODUÇÃO

O tributo, por sua própria natureza, já há muito tem como uma de suas principais funções a viabilização e o sustento de poderes centrais (Batista Júnior, 2011, p. 311). Estruturas de governo, sejam elas maiores ou menores, precisam de recursos para se manter (Holmes e Sunstein, 1999) (Nabais, 2011, p. 11) e, em uma história marcada pela economia de mercado, tal manutenção se dá principalmente por meio da receita derivada¹. Mais do que nunca este papel do tributo permanece essencial, dada a crescente complexidade da sociedade mundial, aumentada exponencialmente a partir da Modernidade, que fez com que as entidades governamentais tenham se consolidado, enrobustecido e, mais recentemente, rompido barreiras antes intransponíveis².

Com o passar dos anos e de forma crescente até aos dias atuais, entretanto, a tributação teve reconhecidas e destacadas outras funções, como o medular ofício de contribuir para o estabelecimento de uma sociedade justa³. Neste compasso, muito se discute sobre até onde deve ir o papel do tributo na persecução da justiça. Deve a taxação ter o dever único de arrecadar para que com o seu fruto se operacionalize medidas redistributivas, a exemplo da manutenção de políticas sociais como a garantia, pelo Estado, do acesso à educação, saúde e ampla previdência? Ou, por outro lado, deve a exação ser também, ela própria, instrumento direto de redistribuição?

A réplica a essas perguntas é essencial para o contexto maior de formação do Estado, uma vez que ela dará a ele o norte para as decisões de política tributária e, ato contínuo, para a definição do arquétipo de tributos a ser preferido – imbróglios bem representados pela seguinte pergunta: que bases tributárias devem ser escolhidas? E um passo adiante é de questionar: tais respostas devem ser as mesmas, independentemente

¹ Receita derivada – conceito retirado de Direito Financeiro; é aquela que “provém do constrangimento sobre o patrimônio do particular. É o tributo.” (Oliveira, 2008, p. 105). Em sentido contrário, comunidades menos liberais tendem a contar com maior participação no mercado (propriedade pública dos bens de produção) e, com isto, se sustentar com maior apoio em receitas originárias. Historicamente, pode-se enxergar a transição do “Estado Patrimonial”, alicerçado na receita originária, para o “Estado Tributário”, cujas necessidades financeiras são cobertas por tributos, conforme Batista Júnior (2011, p. 309).

² Refiro-me às barreiras físicas e geográficas, que não representam o mesmo empecilho de outrora ao ato de governar e promover política.

³ O conceito de “justiça” trabalhado neste projeto é aquele apresentado por John Rawls em *Uma Teoria da Justiça* (2008). Neste mesmo sentido, Murphy e Nagel em *O mito da Propriedade: os impostos e a justiça* (2005).

de onde sejam as perguntas feitas? Ou diferentes nações com diferentes realidades sócioeconômicas exigem ou permitem conclusões diferentes?

No presente artigo busca-se demonstrar que, embora seja míope acreditar que a tributação, por si só, seja capaz de cumprir com o mister da justiça – as políticas fiscais de gastos são indispensáveis para este fim – ela é sim fundamental para que a equidade seja viável, pelo menos no âmbito de sociedades em desenvolvimento⁴, como a brasileira. Isto ocorre, principalmente, pela capacidade imbuída no tributo de transpor o abismo socioeconômico presente em comunidades emergentes, como será detalhado mais adiante.

Antes de alcançar tal resposta, no entanto, mister percorrer pela realidade da governança tributária mundial atual e ponderar sobre os desafios que dela advêm, pois têm eles estreitado o poder de escolha da maior parte dos países e levado o mundo, de maneira generalizada, à escolha de uma política tributária mais nociva, pautada em esquema de tributação que conta com relevantes méritos arrecadatórios mas que carece do condão redistributivo. É ver.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Primeiramente, é importante ter presente que a voga da distributividade advém, prioritariamente, do fato de que com a mundialização das últimas décadas veio a globalização do capital⁵ que junto trouxe desigualdade social, guerras fiscais e precarização do trabalho em abundância (Batista Júnior, 2015, p. 17), contribuindo, assim, para a sedimentação de uma realidade pautada pelo afastamento das classes sociais e econômicas e na injustiça.

⁴ Para a utilização do conceito de “país em desenvolvimento”, vale-se da pontuação de Coutinho (2005, p. 139) de que “admite-se que a categoria ampla “países em desenvolvimento” abarque muitas nações em estágios muito diferentes de desenvolvimento e com ambientes socioeconômicos, políticos e culturais muito distintos. Para os serviços públicos, há muitas variáveis que diferenciam significativamente países agrupados sob o “guarda-chuva” do termo países em desenvolvimento. [...] Assim, o agrupamento desses países sob a expressão “países em desenvolvimento” é, a rigor, uma simplificação que faz vistas grossas a traços próprios a cada um desses países”. Todavia, e de maneira semelhante ao pontuado por Coutinho, sustenta-se aqui que algumas características – como grande nível de desigualdade social, déficits de estoque de infra-estrutura, falta de oportunidades e liberdades das classes menos favorecidas – são quase onipresentes nesses países, de forma que não é de todo imprecisa a utilização dessa expressão nos limites do presente artigo.

⁵ O termo representa o rompimento de barreiras internacional pelo capital, que se espalha pelo mundo potencialmente com a mesma facilidade com que dados são eletronicamente transmitidos.

O empobrecimento daqueles que já estão em pior posição é retratado, por exemplo, por Branko Milanovic (2005, p. 108), que constatou que a renda real da parcela dos 5% mais pobres do planeta caiu 20% no período de 1988 a 1993 e 23% no período de 1993 a 1998, enquanto a renda real *per capita* global aumentou 5,2% e 4,8% nos mesmos períodos. Thomas Pogge, valendo-se de dados do Banco Mundial, complementa tal constatação com a demonstração do aumento do abismo socioeconômico mesmo no âmbito dos países mais ricos do mundo, onde os cidadãos mais pobres vivem uma realidade menos precária, em comparação com as demais nações. Segundo tais dados, o consumo *per capita* geral nos membros da OCDE teve um aumento real de 56,3% durante o período de 1984 a 2004, enquanto a população mais pobre dos países pesquisados, contida no último percentil de escala de renda, teve um aumento real de consumo de apenas 9,6% no mesmo lapso (Pogge, 2010, p. 420). Para Thomas Pogge (2010, p. 421), estes dados demonstram um “padrão claro: a inequidade global está aumentando, e os pobres do mundo não estão participando proporcionalmente no crescimento econômico global”. Quando se tem em vista países emergentes, de maneira mais específica, maiores são os motivos para a preocupação, já que seus índices de pobreza e desenvolvimento humano são, por definição, mais baixos, enquanto a tendência da evolução no tempo de seus índices de inequidade acompanha a mundial, crescente (Davies, Sandström e Shorrocks, 2008, p. 22).

Vive-se, portanto, um século marcado por grave e paulatina desigualdade social, incrementada a cada dia pelo distanciamento entre os mais ricos e os mais pobres – realidade também demonstrada e reforçada por Piketty (2014) –, que resulta, em muitos casos, em vida precária dos mais pobres. Nesse contexto, e pelo papel mencionado alhures, o direito tributário tem sido considerado por muitos como parte essencial da solução⁶, já que tido como ferramenta com grande potencial para a efetivação da justiça social e para o combate aos desafios da modernidade líquida⁷ – ou, em outras palavras, no rompimento desta iníqua realidade que se vem agravando.

Apesar de sua capacidade, entretanto, é de se questionar se a tributação tem sido exitosa em combater a iniquidade ou se, lado oposto,

6 Esta conclusão pode ser extraída de Piketty (2014) que trabalha, na parte final de sua obra, mecanismos tributários que considera como adequados à redução das desigualdades expostas ao longo do livro.

7 Expressão utilizada por Bauman (2001) que, em breves palavras, significa a época atual em que vivemos. É marcada pelo conjunto de relações e instituições, além de sua lógica de operações, que se impõe e que dão base para a contemporaneidade. É uma época de liquidez, fluidez, volatilidade, incerteza e insegurança.

tem falhado em cumprir com esta prerrogativa – o que a tornaria parte do problema, como fator que contribui de maneira direta para o alargamento do abismo social e para as nefastas consequências sociais que dele repercutem. Ir mais além é interpelar como o futuro que tem se desenhado para a ordem tributária global, tendo em vista as tendências mundiais mais recentes, se comporta perante o mesmo óbice.

1.2 INSTRUMENTOS DA DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS: TRIBUTAÇÃO E GASTO PÚBLICO

A essencialidade da tributação no processo de promoção da justiça, na pós-modernidade, parece ser um consenso entre aqueles que partem de um axioma filosófico liberal-igualitário. A necessidade de se redistribuir por meio da tributação, por outro lado, tem sido questionada e contra ela apresentados fortes e contundentes argumentos.

Nagel e Murphy (2005, p. 129), com muita clareza e influência, ditaram que um sistema completo deve ter sua progressividade ou regressividade avaliada em um contexto amplo, considerando-se não só o viés do direito tributário como também o do direito financeiro; ou, em outras palavras, deve-se ter em consideração não só as entradas (receitas) como também as saídas (despesas) de divisas dos cofres públicos – a análise isolada da tributação, segundo colocam, é visão *míope* da questão e, por isso, falha. Segundo os professores norte-americanos (2005, p. 129), portanto, uma sociedade igualitária pode, sim, ser sustentada por um sistema tributário naturalmente regressivo – baseado na tributação sobre o consumo, por exemplo – bastando que o direito financeiro atue de maneira efetivamente e suficientemente distributiva. Com isto, perde força a defesa incondicional pela taxação progressiva, da riqueza acumulada e da renda, considerada classicamente como a mais justa, e ganham força técnicas de tributação como a proporcional, indireta, que, pelas mesmas razões, foram historicamente consideradas injustas e, portanto, rechaçadas ou preteridas. Neste sentido Avi-Yonah (2006, p. 26), que considera:

Impostos sobre o consumo são necessários para as três funções [arrecadação, regulação e redistribuição]. Um imposto sobre o consumo é importante para arrecadar quando o setor público demanda mais receitas do que as geradas pelo imposto de renda. A redistribuição pode ser alcançada de modo mais efetivo tributando-se o consumo amplamente e utilizando-se o orçamento para obter a progressividade.

Em uma comunidade onde as discrepâncias de benefícios não-naturais são baixas, então, soa plausível e palatável a ideia de que o Estado pode arrecadar regressivamente e distribuir progressivamente, e assim ser capaz de fulminar tais diferenças e equalizar os cidadãos eficientemente. Dito de outra forma: a redistribuição por meio da arrecadação não seria essencial. É importante frisar a suscetibilidade desta ideia, inicialmente, a sociedades mais maduras e desenvolvidas que já se encontram com níveis baixos de iniquidade e precariedade, pois nelas não há uma barreira tão alta a ser vencida – ponto que será detalhado mais adiante neste trabalho. Este moderado ou baixo abismo econômico-social, entretanto, parece não condizer com a realidade de sociedades em desenvolvimento. Não é por outra razão, dessarte, que são comunidades que vivem neste compasso econômico-social que se põem no centro do estudo ora posto.

1.3 O ARGUMENTO EM PROL DA TRIBUTAÇÃO DO CONSUMO NA ERA DA RECESSÃO

Partindo-se do pensar acima posto, assim, de que a redistribuição por meio da tributação não é essencial para a promoção de uma sociedade justa, importante ter esclarecido qual é o contexto e o rol de argumentos que levam uma nação a preferir uma tributação proporcional e regressiva, como a do consumo, em detrimento de uma tributação progressiva. Afinal, por que não preferir um esquema fiscal que favoreça a redistribuição de renda pelas duas vias – de receitas e de despesas?

O primeiro e principal dos motivos gira em torno do “novo leviatã”⁸, que representa o poder do capital que hoje se apodera do mundo pós-moderno, se beneficia de sua própria fluidez, intensifica a fuga de divisas e com isso agrava a competição tributária lesiva no âmbito internacional. Esta guerra fiscal, de amplitude global, faz com que lucros e patrimônios financeiros sejam remetidos para países com baixa ou nenhuma carga tributária, que assumem a forma dos notórios paraísos fiscais ou oferecem regimes tributários benéficos para determinadas operações ou estruturas jurídicas. Esse fenômeno, que causa o esvaziamento dos cofres públicos mundo afora já é muito sensível a diversos estados nacionais e tem, nos

8 Termo utilizado por Batista Júnior (2015) ao se referir ao “capital”. Uma definição breve e assertiva de “capital” pode ser encontrada em Piketty (2014, p. 51): “o capital é definido como o conjunto de ativos não humanos que podem ser adquiridos, vendidos e comprados em algum mercado. Assim, o capital compreende, especificamente, o conjunto formado pelo capital imobiliário (imóveis, casas), utilizado para moradia, e pelo capital financeiro e profissional (edifícios e infraestrutura, equipamentos, máquinas, patentes etc.), usado pelas empresas e pela administração pública”.

últimos anos, causado inclusive comoção na população⁹ e em influentes líderes mundiais. Como recente exemplo, tem-se a diligência do G20 que encomendou à OCDE, em 2013, a “iniciativa BEPS”, própria para, principalmente, ampliar os esforços dirigidos à supressão da erosão fiscal causada pela fluidez do capital, que resulta na remessa de lucros para localidades com baixa ou nenhuma carga tributária. Tal programa teve suas etapas preambulares e principais recentemente concluídas, e desde então gera uma série de ações sujeitas a impactar, em maior ou menor medida, dezenas de países que fazem ou não parte da iniciativa. Diversas dessas medidas se relacionam diretamente à tributação e, por todo o contexto, têm tido significativa influência, mormente política, no sentido de promover e fomentar alterações estruturais nos modelos tributários vigentes. Algumas delas, inclusive, desafiam antigos paradigmas tributários e flertam com mudanças estruturais, supostamente capazes de mitigar os imbróglios ora em comento – como a substituição, em certo peso, da tributação sobre a renda pela tributação sobre o consumo¹⁰, historicamente menos utilizada em países desenvolvidos¹¹. No relatório *The Distributional Effects of Consumption Taxes in OECD Countries* (OCDE, 2014, p. 25), publicado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico em dezembro de 2014, há evidente defesa da tributação sobre o consumo que, segundo os novos dados e conclusões da organização, não é regressiva, mas sim “levemente progressiva” sob alguns aspectos, como constatado por Mendes Moreira e Sena (2016, p. 15).

É de se ressaltar que tal guinada de política tributária está presente não apenas no discurso internacional, mas também na realidade fática dos últimos anos, como provam estatísticas levantadas e apresentadas por Avi-Yonah (2000, p. 1621):

Tanto os países membros da OCDE quanto países em desenvolvimento têm visto um aumento dos impostos sobre o consumo [...]. Em países membros da OCDE, para o imposto de consumo geral, ou sobre o valor acrescentado (IVA), a receita aumentou de 12% das receitas fiscais totais

9 Cita-se, como exemplo, as manifestações públicas ocorridas no Reino Unido no final de 2012, para protestar o baixo volume de tributos recolhidos pela Starbucks na região. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/business/2012/dec/08/starbucks-uk-stores-protests-tax>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

10 Concepção presente em OECD/Korea Institute of Public Finance. *The Distributional Effects of Consumption Taxes in OECD Countries*, OECD Tax Policy Studies, N. 22, OECD Publishing, 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/consumption/the-distributional-effects-of-consumption-taxes-in-oecd-countries-9789264224520-en.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

11 O movimento histórico do fortalecimento e enfraquecimento da ideia de tributar o consumo foi tratado por Avi-Yonah (2015, *passim*).

em 1965 para 18% em 1995. Nos países em desenvolvimento, impostos sobre o consumo geral aumentou de 25,5% para o período de 1975-1980 a 31,8% para o período de 1986 a 1992. A maior parte deste aumento pode ser explicado por aumento de alíquotas. Jeffrey Owers e Jacques Saserville mostram que quase todos os países membros da OCDE elevaram a alíquota padrão desde que o imposto foi introduzido.

É de se realçar, ainda, outra informação que pode ser extraída da citação retro: a de que países menos desenvolvidos são sensivelmente mais dependentes dos tributos que oneram o consumo do que os demais. Corrobora estes dados a pesquisa mais contemporânea da OCDE, noticiada pela Câmara dos Deputados brasileira¹², que dispõe sobre a composição da carga tributária de alguns países, dentre eles: Estados Unidos da América, com 18% da carga total incidente representada pela taxação do consumo enquanto a tributação sobre a renda representa 44%; Reino Unido, 30% consumo e 38% renda; Brasil, 44% consumo e 21% renda; México 54,5% consumo e 26,3% renda; e Argentina, com 52% sobre o consumo e apenas 16% sobre a renda. A atenção a estes dados redobra a importância da problemática ora posta já que, partindo-se da premissa de que países emergentes sofrem mais gravemente pela desigualdade social e consequente injustiça, sua maior dependência de tributos regressivos, injustos por conceito, significará que caminham mais velozmente ao agravamento, e não ao abrandamento do problema central, caso se conclua pela essencialidade da tributação justa para a efetivação de sociedades equânimes nestes ambientes, marcados pela pobreza.

É fato, outrossim, que a taxação do consumo cresceu e continua a crescer sobremaneira em representatividade no mundo. O que a torna, no entanto, mais capaz de enfrentar o primeiro argumento que a fomenta, que é o desafio da erosão tributária global e a dificuldade existente em se tributar a riqueza acumulada ou a renda? Porque razão a tributação do consumo tem sido a resposta da qual os Estados têm lançado mão? Tem-se que, dentre os principais motivos que levam as nações a dedicar a esta técnica arrecadatória suas respectivas atenções, estão:

- a) Tributos do consumo são, comumente, tributos transacionais que, em regra, repercutem econômica e juridicamente no preço das mercadorias. Por isso, são mais facilmente repassados à cadeia mercadológica e ao consumidor e contribuinte de facto.

¹² *Arrecadação Tributária sobre Propriedade no Brasil* é menor que sobre o consumo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/492946-ARRECADACAO-TRIBUTARIA-SOBRE-PROPRIEDADE-NO-BRASIL-E-MENOR-QUE-SOBRE-O-CONSUMO.html>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

Nesta senda, não causam impacto direto na remuneração ou no patrimônio dos acionistas dos contribuintes de *jure*, motivo pelo qual têm se demonstrado menor o apelo e esforços, pelos detentores do capital, à sua redução, principalmente se comparados aos esforços para mitigação da tributação da renda e das grandes fortunas ou heranças e doações, mormente quando incidem diretamente na pessoa física – estes últimos os que mais dificilmente repercutem economicamente na atividade empresarial. Exemplos mais comuns dos tributos do consumo ditos transacionais são o IVA, difundido em diversas partes do mundo, e, no Brasil, o ICMS ou o IPI.

- b) Incidem mais comumente, os tributos do consumo, diretamente nas operações mercantis e, por isso, tem maior transparência em seu próprio âmago, ao passo que, em grande parte, os benefícios outorgados no contexto da competição tributária internacional dependem da opacidade para existirem e serem eficazes. Como exemplo, tem-se novamente o IVA ou o ICMS e IPI, normalmente destacados e informados nas faturas e documentos fiscais, claros e transparentes a todos da cadeia. Isto, enquanto alíquotas reduzidas ou o direito a dedutibilidades extras na apuração de imposto de renda de empresas e principalmente de seus acionistas, pessoas físicas, dificilmente têm visibilidade e publicidade, muitas vezes disponíveis somente aos seus próprios beneficiários.
- c) Tributos transacionais obedecem, em geral, à regra da tributação no destino¹³, o que torna os contribuintes de *jure* ou Estados limitados na margem com que podem se beneficiar de suas desonerações. O gozo pela desoneração, segundo esta regra, ficaria mitigado às operações domésticas – o que muitas vezes não é a prioridade de tais atores da guerra fiscal internacional, que buscam principalmente por vantagens para atuação no mercado internacional; e
- d) Por fim e não menos importante, pela eficiência administrativa, arrecadatória e fiscalizatória garantida aos entes públicos, que,

¹³ Regra pautada em princípios econômicos aplicável aos países que compõe a OCDE por se tratar de uma orientação dela própria, mas também observada pelo Brasil e tantos outros países. Segundo preceitua o mandamento, o tributo incidente sobre o consumo deve incidir somente no país de destino e, na prática, implica em desoneração das exportações, mantendo-se apenas a taxação indireta das importações no local do adquirente. Tal regra deu origem ao jargão “não se exporta tributos”.

em se tratando de tributos menos complexos como o IVA ou os aduaneiros, carecem de um aparato estatal muito menos robusto para manter a arrecadação em exercício¹⁴, como também pontuado por Avi-Yonah (2006, p. 26). É o tributo do consumo, portanto, o mais fácil e menos custoso de se manter e administrar – sobretudo se for um que conte com regras simples e claras. No Brasil, tal constatação é já secular, tendo sido bem proferida pelo primeiro Ministro da Fazenda do período Republicano, Rui Barbosa: “[N]o Brasil, porém, até hoje, a atenção dos governos se tem concentrado quase só na aplicação do imposto indireto, sob sua manifestação mais trivial, mais fácil e de resultados mais imediatos: os direitos de alfândega”¹⁵.

A tributação indireta, assim, por motivos que transitam pela dificuldade atual de se capturar o capital, assim como pela transparência, eficiência e eficácia arrecadatória e administrativa, passa a ser considerada como uma saída viável para a manutenção das finanças públicas diante do cenário tributário global atual¹⁶. Sendo ela também suficiente para que se garanta uma sociedade equânime, parece não haver dúvidas que deve ela ser preferida em detrimento da tributação direta e, também, parece clara a conclusão de que as tendências de tributação globais seguem a trilha correta. Como se passará a argumentar a seguir, contudo, essa não demonstra ser a resposta correta, pelo menos no âmago de sociedades em desenvolvimento, que sofrem com grave disparidade de classes.

1.4 A DIFICULDADE NA DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS VIA GASTO PÚBLICO EM COMUNIDADES COM ALTO GRAU DE DESIGUALDADE

Diante do até aqui colocado, tem-se a plausibilidade daquilo que é proposto e sustentado pelos defensores da ideia alhures posta: a manutenção de uma comunidade justa por uma tributação que não visa à redistribuição,

¹⁴ O IVA, por se pautar no princípio da não-cumulatividade, em que um contribuinte depende do outro para ter uma apuração “saudável”, acaba por se autofiscalizar. É do interesse dos próprios contribuintes que o imposto seja devidamente pago na etapa anterior, sob pena de acumular em sua operação a incidência em cascata. Isto ocorre em virtude do direito que tem o adquirente da mercadoria ao direito de crédito fiscal do IVA anteriormente recolhido.

¹⁵ SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Memória Receita Federal: Imposto de Renda Pessoa Física, in *A Confiança na Progressividade Fiscal do Sistema Tributário: uma análise em face da segurança jurídica e da novel jurisprudência*. Dissertação – Faculdade de Direito da UFMG. 2014, p. 76.

¹⁶ Foram aqui propositalmente deixados de fora argumentos libertários em prol da tributação do consumo, segundo os quais seria esta base tributária a mais justa. O presente artigo parte de um pano de fundo filosófico liberal-igualitário que torna tais argumentos incompatíveis com o restante do texto.

mas o mero recolhimento de fundos para que, então, a Administração Pública tenha meios para difundir a justiça através da constituição de um Estado social e provedor. Completamente, estão claras as virtudes da tributação indireta, que levam vários países a preferi-la, hodiernamente. O que se põe a refletir na sequência, não obstante, é se esta premissa é válida para qualquer tipo de sociedade ou ambiente socioeconômico. Pode-se confiar na equidade proporcionada pelos gastos públicos quando se vive em uma comunidade socioeconOMICAMENTE desigual e pobre, como as emergentes? Para responder a esta pergunta com lentes da filosofia liberal-igualitária, a teoria de justiça de John Rawls demonstra-se crucial.

1.5 A TEORIA LIBERAL-IGUALITÁRIA DE JOHN RAWLS

O filósofo americano, no início da década de 1970 e nos anos que a antecederam, procurou construir um conceito de justo a partir do uso da razão e da vontade das pessoas e, além disso, buscou resolver o conflito através da distribuição de bens sociais entre elas.

Sua proposta se inicia com a suposição de um contrato social hipotético, no qual as pessoas seriam reunidas em uma posição “original” ou “inicial”, a fim de deliberar sobre uma série de princípios que seriam responsáveis por embasar as regras do “justo” – os princípios da justiça – nas instituições, uma vez que seriam estas as intermediadoras do convívio social. Segundo a sua teoria, a forma de as pessoas em uma posição original escolherem os princípios justos – aqueles princípios que, pressupõe, seriam apresentados pela razão de cada um – se daria ao amparo do “véu de ignorância”, que as levaria a ignorar todas as circunstâncias e características pessoais que tinham anteriormente à situação inicial hipotética. Essas pessoas desconheceriam suas condições financeiras como também seus próprios dotes naturais. Assim, “já que todos estão em situação semelhante e ninguém pode propor princípios que favoreçam sua própria situação, os princípios de justiça são resultantes de um acordo ou pacto justo” (Rawls, 2008, p. 15).

Ademais, para que esta construção seja viável, é necessário considerar a sociedade como um sistema equitativo de cooperação em que os cidadãos são seres racionais e razoáveis, isto é, que possuem interesses próprios de acordo com a concepção de bem que formulam para as suas vidas, mas que, ao mesmo tempo, dispõem-se, em função do sentido de justiça que possuem, a ponderar entre si sobre quais justos termos de cooperação devem nortear o convívio comunitário e a distribuição dos benefícios sociais. Para o filósofo, portanto, é mister que a sociedade seja orientada por um norte, uma concepção política de justiça, que moldará as pessoas e

as dará conforto de aceitar os ditames definidos e saber que podem contar com a aceitação dos demais. Assim, a justiça deve, através das instituições sociais, garantir que não ocorram distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos na sociedade, e garantir também regras que proporcionem um equilíbrio estável entre reivindicações de interesses concorrentes das vantagens da vida social e na distribuição de renda e riqueza (Gargarella, 2008, p. 19). É a partir, então, da concepção política de justiça gestada numa condição de equidade entre as pessoas, que se desenha o cenário de justiça rawlsiana.

Da posição original, então, os legisladores deverão atuar com base em dois princípios de justiça entabulados por Rawls: o da liberdade igual e o princípio da diferença. O primeiro deles dispõe que (i) “cada pessoa tem um direito igual a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdades para todos” (Lovett, 2013, p. 60); e o segundo (ii) prega que as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas de modo que ambas sejam (a) “vinculadas a profissões e a cargos aberto a todos, sob condições de justa igualdade de oportunidades” (Lovett, 2013, p. 60) e; (b) “para o maior benefício dos menos privilegiados” (Lovett, 2013, p. 60). No mais, tais princípios devem ter sua ordem de importância classificada pela ordem lexical de sua disposição (i.e. o antecedente tem prioridade sobre o seguinte). Essa ordenação significa que as violações das liberdades iguais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens sociais.

Dentre todas as fecundas e ricas formas de relacionar a teoria de justiça acima e seus respectivos princípios aos direitos tributário e financeiro, é mais usual que os estudos de política fiscal foquem e se debruçem sobre o princípio da diferença (Sugin, 2004, p. 2005). No âmbito da reflexão ora em voga, no entanto, o primeiro dos princípios terá o papel mais primordial.

1.6 O PRIMEIRO PRINCÍPIO DE JUSTIÇA, SEU PAPEL REDISTRIBUTIVO E O DIREITO TRIBUTÁRIO

Esmiuçando, então, o princípio das liberdades iguais, tem-se primeiramente que, para o ex-professor de Harvard, as liberdades básicas devem ser garantidas e, dentre elas, a liberdade política tem um papel especial e por isso deve ser garantida de forma material e substantiva; seu valor equitativo deve ser preservado. A maior ênfase sobre esta espécie de liberdade, vale pontuar, foi dada por Rawls principalmente na fase final de seus escritos, encontrados em suas últimas obras. Do conceito dessa liberdade, política, pode-se extrair a capacidade de influência e participação que deve

ter um cidadão em uma sociedade. Neste mesmo sentido, para Rawls, não basta o direito ao voto, devendo ser efetivado o valor substantivo da liberdade política, que se traduz em verdadeiro impacto nas decisões políticas tomadas no âmbito da comunidade. Nas palavras do filósofo (Rawls, 2001, p. 46):

O *fair value* das liberdades políticas assegura que os cidadãos com dotes naturais e motivações similares tenham, grosseiramente, uma chance igual de influenciar a política governamental e de ocupar posições de autoridade não relacionadas à sua classe social e econômica.

Este aspecto se torna particularmente importante na discussão ora trazida à reflexão considerando-se que, em comunidades desiguais como as que ora se tem sob análise, persiste a dominação de uma classe sobre outra – dominação esta que acompanha o capital e que consolida a acentuada disparidade de riquezas. Havendo, pois, dominância econômica de uma sobre outra classe social, ou seja, a dominância da riqueza, perfaz-se também o domínio político de uma parcela da sociedade sobre outra – o que significa, fatalmente, em descumprimento da diretriz acima. É esta a conclusão do próprio Rawls quando, ao avaliar (e reprovar) a aderência do capitalismo de bem-estar social (*welfare state capitalism*) à sua teoria, pontua que (2001, p. 137):

Capitalismo de bem-estar social [...] rejeita o *fair value* das liberdades políticas, e enquanto ele tem alguma preocupação com a igualdade de oportunidades, as políticas necessárias para alcançá-la não são seguidas. Ele permite desigualdades muito grandes na propriedade de bens (ativos produtivos e recursos naturais) de forma que o controle da economia e grande parte da vida política repousa nas mãos de poucos.

Ainda, enxerga o impacto da desigualdade socioeconômica na liberdade política enquanto garantidora não só do segundo princípio, da diferença, como também de outras liberdades abarcadas no primeiro item de sua teoria de justiça (2008, p. 278):

As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito de seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar os rumos do debate público, pois essas desigualdades acabarão por possibilitar aos que estão em melhores condições exercer uma influência maior sobre os rumos da legislação. Com o tempo, é provável que venham a exercer um peso preponderante na decisão das questões sociais, pelo menos no que se refere àqueles assuntos sobre os quais costumam concordar, isto é, em relação àquilo que favorece suas circunstâncias privilegiadas.

Em comunidades libertárias¹⁷, que permitem o acúmulo do capital nas mãos de poucos, há, portanto, e de forma intrínseca ao modelo, a violação das liberdades políticas dos cidadãos pertencentes às classes sociais mais baixas. Tal conclusão também é alcançada por O’Neil (2014, p. 77), que salienta que um ambiente liderado pelo capital “não pode prover satisfação genuína das demandas daquele princípio [primeiro princípio de Rawls] porque ele não é capaz de proporcionar aos cidadãos o real valor fundamental de suas liberdades na esfera política”. Tal violação ao primeiro e mais importante princípio da justiça rawlsiano, apesar de já configurar grave falha em si mesma, capaz de reprovar o modelo político aos olhos do filósofo americano, traz consigo outras consequências sérias que repercutem diretamente na distribuição de riquezas e interferem, em cadeia, na materialização do outro princípio, o da diferença – mormente na parte em que prega a igualdade de oportunidades.

Esta constatação é compartilhada por Batista Júnior, Magalhães e Oliveira (2015, p. 245), que colocam de forma clara:

[...]ão é propriamente no seu mais controverso princípio de justiça, o Princípio da Diferença [...], que Rawls encontra uma forte exigência que recai sobre o sistema econômico (e tributário/fiscal), no sentido de não se permitir o acúmulo excessivo de poder (econômico) nas mãos de poucos. Na verdade, essa exigência deriva principalmente da necessidade de se garantir o equitativo valor das iguais liberdades políticas. [...] De acordo com o filósofo liberal, inúmeras são as razões para nos preocuparmos com as desigualdades socioeconômicas, razões essas que justificam que o Estado lance mão de formas de regulação. Cabe considerar, pelo menos, as seguintes:

a. a desigualdade propicia formas de dominação social e política, em que uma pequena parcela da sociedade subjuga o restante, por meio do controle da máquina pública e do sistema jurídico, garantindo para si uma posição sempre dominante na economia;

[...]

c. a desigualdade perturba a equidade dos procedimentos e a igualdade equitativa de oportunidades tanto na política, quanto na economia, impedindo um acesso livre ao mercado e à vida política;

¹⁷ Libertarismo ou libertarianismo é a filosofia política que tem como fundamento a defesa da liberdade individual, da não agressão, da propriedade privada e da supremacia do indivíduo. Dentre os representantes desta filosofia, estão, principalmente, John Locke, David Hume, Adam Smith, Robert Nozick, dentre outros. Também importante pontar, ainda que brevemente, que sociedades com estas características tendem a ser aquelas com maiores índices de desigualdade socioeconômica.

Grave desigualdade socioeconômica, destarte, fatalmente levará a sociedade à dominação de classes que, circularmente, agravará ainda mais o abismo social. O motivo para tanto é simples: havendo coincidência no acúmulo de riquezas e poder político, se abre o caminho para que a dita influência provoque o poder público a gastar seus fundos em benefício dos mais influentes, ou, em outras palavras, em prol do próprio capital. Nota-se, assim, que a violação ao primeiro princípio de justiça findará por dar ensejo à regressividade na distribuição de recursos e, com isso, acabará por transferir a responsabilidade da redistribuição à tributação ou levará a sociedade ao final da linha, fracassada em combater a injustiça.

O tributo, então, para garantir a equidade, deverá não só corrigir a distorção causada pela redistribuição “às avessas”, como evitar que o abismo social e o consequente domínio de classes continuem a se perpetuar, sob pena de se consolidar verdadeiro ciclo vicioso – caracterizado por tributação e distribuição regressivas. Por este trilhar recoloca-se, então, o tributo como peça chave na garantia da equidade, devendo atuar ativamente como redistribuidor e, com isso, preservar a liberdade política e igualdade de oportunidade dos cidadãos. Em outras palavras, a tributação é necessária para romper com o status quo pernicioso já posto no âmbito de sociedades em desenvolvimento. O papel essencial do tributo para este propósito é defendido por Linda Sugden (2004, p. 2005), que dispôs:

As limitações mais significativas sobre estrutura fiscal vêm do primeiro princípio da justiça de Rawls, que garante as liberdades políticas e tem prioridade sobre o segundo princípio que promete a justiça econômica. [...] O primeiro princípio pode impor limitações significativas em sistemas de tributação, pois exige que cada indivíduo tenha igualdade de liberdades básicas. Assim, onde as concentrações de riqueza produzem concentrações de poder político, *o primeiro princípio exigiria do sistema tributário a quebra dos acúmulos de riqueza capazes de gerar concentrações de poder político, para que a igualdade de liberdades seja viável.*

[...]

A prioridade dessas liberdades básicas, que podem ser ameaçadas por poder econômico, traz demandas significativas e específicas para o sistema tributário. O sistema fiscal deve proteger o regime de liberdades básicas de duas maneiras: (1) a tributação em si não pode violar qualquer uma das liberdades básicas, e (2) o sistema fiscal não pode permitir que outras instituições com as quais interage, tais como o mercado, violem quaisquer liberdades básicas. (grifo do autor)

Recai sobre a tributação, por conseguinte, o papel de transpor a realidade pré-existente, o que somente pode ser feito por meio de impostos que miram nas riquezas acumuladas – geralmente próprios para atingir os signos de grandes fortunas, doações e heranças, como principais exemplos. Recai também sobre a taxação, por consequência, o papel de evitar que sejam criados ou mantidos os oceanos de desigualdade, pois, em existindo, a captura da esfera política derivará e, ato contínuo, a promoção da justiça restará prejudicada.

Neste pensar, se sobressai a insuficiência da redistribuição pela via orçamentária e, em conjunto, da tributação do consumo para, isoladamente, servir a este propósito no âmbito de sociedades com já estabelecidos altos índices de desigualdade, uma vez que o imposto indireto permite a acumulação ilimitada de riquezas. Esta conclusão advém da própria lógica da tributação do consumo, que consegue captar recursos dos contribuintes finais somente quando estes, efetivamente, consomem. Se determinada família conta com uma renda desproporcionalmente alta para as suas próprias despesas – algo comum para a parcela privilegiada da população de comunidades desiguais –, decerto que ela não consumirá toda a sua disponibilidade financeira e, com isso, o excedente se acumulará e ela tenderá a seguir nesta trajetória. A tributação do consumo escolhida como política tributária, assim, é incapaz de fulminar o abismo social posto e o aprisionamento socio-econômico que disso repercute.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi até aqui exposto, conclui-se que, em comunidades em desenvolvimento, onde impera a desigualdade social, o tributo é peça indispensável à promoção de justiça não só pelo seu caráter arrecadatório como também redistributivo. Esta é a resposta alcançada depois desta breve reflexão, uma vez que não parece plausível contar unicamente com o gasto público, nessas realidades, para promoção da justiça. Sociedades emergentes, realidades em que as diferenças socioeconômicas são marcantes, infelizmente carregarão em seu âmago limitações políticas dos menos abastados em detrimento daqueles que detêm as grandes riquezas. Neste compasso, se faz essencial a ruptura deste abismo e deste controle social, o que somente pode ser feito de maneira efetiva por meio da tributação e, por isso, essencial a existência de impostos que – mais do que arrecadar eficientemente – têm o condão de atingir não somente renda consumida, mas também renda poupada e acumulada. Insuficiente resta, portanto, o tributo do consumo para este fim.

Indo além, a inexistência de impostos capazes de transpor a distribuição ex-ante de riquezas levará à consolidação da sociedade viciada, injusta, já que a determinação das despesas públicas pelos administradores

estatais tenderá a beneficiar aqueles que dominam a política e o próprio poder estatal, ou seja, a parcela mais privilegiada economicamente da comunidade. Isto se traduz, como agora já resta claro, em orçamentos públicos regressivos e na completa reprovação do um esquema fiscal.

Se a desigualdade pré-existente inviabiliza um sistema tributário cego à redistribuição pela arrecadação, assim, o momento é de repensar o caminho que a política tributária mundial, principalmente constante em países emergentes, tem seguido nos últimos anos, de exacerbação da taxação indireta, sob pena de consolidar-se a realidade absolutamente desigual que hoje já está formada.

Ao mesmo tempo, os desafios da modernidade líquida não devem ser ignorados, mas enfrentados. Isto deve ser feito, todavia, de forma cautelosa e com merecidas reflexões. Neste cenário, e em face das virtudes que têm o imposto indireto, conclui-se que o consumo como base tributária não precisa ser ignorado e pode até mesmo aproveitado, por todas as vantagens que proporciona frente às dificuldades fiscais correntes. Mas tal deve ser feito de maneira ponderada e comedida – por isso um sistema misto que conta com tributos diretos e indiretos, tal qual sugerido por Avi-Yonah, em que a tributação indireta tem o papel de complementar a arrecadação necessária, parece ser uma resposta plausível. O que deve ser evitado é um sistema que tem o imposto indireto como pedra angular de sustento, como tantos citados anteriormente, tal qual é comum a países emergentes. Não deve ser ignorado, assim, o caráter e poder redistributivo de tributos que miram as grandes fortunas, heranças, doações e a própria renda, que têm o poder de mitigar as desigualdades postas e, com isso, alterar o *status quo* que vicia todo o esquema igualitário. Mais do nunca, países em desenvolvimento se encontram em situações que exigem o uso de todos os instrumentos disponíveis para que a justiça seja atingida e, desta feita, não devem abrir mão do poder redistributivo da tributação, sob pena de jamais verem seus grilhões da injustiça partidos.

REFERÊNCIAS

AVI-YONAH, Reuven. *Taxation and Inequality. A Case for the VAT*. Challenge, v. 57, n. 3, p. 97-104, 2014.

_____. Reinventing the Wheel: What We Can Learn from the Tax Reform Act of 1986. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Paper n. 424, 2014.

_____. Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 7, p. 1573-1676, 2000.

- _____. Why Tax the Rich? Efficiency, Equity, and Progressive Taxation. *Yale Law Journal*, v. 111, n. 6, p. 1391-1416, 2002.
- _____. *The Rise and Fall of the Consumption Tax*. Tax Analysts 2015.
- _____. *The Three Goals of Taxation*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=796776>, 2005.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O Outro Leviatã e a Corrida ao Fundo do Poço*. São Paulo: Almedina, 2015.
- _____. *Thomas Piketty: Desigualdad y Tributación*. Políticas Públicas, v. 7, n. 2, p. 85-113, 2014.
- _____. Por que Guerra Fiscal? Os desafios do Estado na Modernidade Líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 102, p. 305-341, 2011.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro de; MAGALHÃES, Tarcisio Diniz. Liberalismo, desigualdade e direito tributário. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 110, p. 217-272, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. *Vida a Crédito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; DUTRA, Franklin Vinícius Marques. A Tributação Sobre Heranças e Doações e sua Justificação Moral: Parâmetros Introdutórios para a Sua Valoração e Para Melhoramentos no Sistema Jurídico. In: *Justiça Fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- COUTINHO, Diogo. R. Entre Eficiência e Equidade: A Universalização das Telecomunicações em Países em Desenvolvimento. *Revista Direito GV 2*, v. 1, n. 2, 2005.
- DAVIES, James; SANDSTRÖM, Susanna; SHORROCKS, AnthoFny; WOLFF, Edward. *The World Distribution of Household Wealth. Discussion Paper N° 2008/03*. United Nations University. 2008.
- GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: WW Norton & Company, 1999.

LOVETT, Frank. *Uma Teoria da Justiça, de John Rawls*. Porto Alegre: Penso, 2013.

MOREIRA, André Mendes; SENA, Roberto Miglio. (In)justiça na Tributação do Consumo: o que a OCDE tem a nos dizer. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. 4, n. 4, 2016.

MILANOVIC, Branko. *Worlds Apart, Measuring International and Global Inequality*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais*: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>.

OECD/Korea Institute of Public Finance. *The Distributional Effects of Consumption Taxes in OECD Countries, OECD Tax Policy Studies*, N. 22, OECD Publishing, 2014, p. 25-40. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264224520-em>>.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

O'NEIL, Martin; WILLIAMSON, Thad. *Property-Owning Democracy*. West Sussex: John Wiley & Sons, 2014.

_____. *The Promise o Predistribution*. Publicado online em Policy Network, 2012.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POGGE, Thomas. The role of international law in reproducing massive poverty. In: *The Philosophy of International Law*. New York: Oxford University Press, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. *Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

SUGIN, Linda. Theories of Distributive Justice and Limitations on Taxation: What Rawls Demands from Tax Systems. *Fordham Law Review*, v. 72, n. 5, p. 1991-2014, 2004.

RECEBIDO EM: 29/10/2018
APROVADO EM: 18/02/2019

ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TCE-CE EM AUDITORIAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

***ANALYSIS OF THE TCE-CE PERFORMANCE IN INFORMATION
TECHNOLOGY AUDITS***

Ramon Jorge de Souza

*Mestrando em Administração em Controladoria pela Universidade
Federal do Ceará. Especialista em Engenharia de Sistemas pela Escola Superior
Aberta do Brasil. Instrutor no Instituto Plácido Castelo.*

Érico Veras Marques

*Doutor e Mestre pela FGV. Economista, Professor do departamento de
contabilidade e do Mestrado Profissional em Administração de Empresas. Professor
Associado III da Universidade Federal do Ceará.*

Jocildo Figueiredo Correia Neto

*Doutor em administração de empresas pela Fundação Getulio Vargas/SP. Mestre
em administração de empresas pela Universidade de Fortaleza. Professor do
departamento de administração da Universidade Federal do Ceará.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Referencial teórico; 1.1 Controle da administração pública; 1.2 Auditoria de tecnologia da informação; 2 Metodologia; 3 Resultados; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: Tipicamente, a tecnologia da informação (TI) tem consumido boa parte do orçamento das organizações. Sendo assim, particularmente em organizações públicas, é razoável inferir que os recursos relacionados à TI devem ser geridos evitando desperdícios e gastos desnecessários, sempre com foco na eficiência, eficácia e economicidade. Para garantir que os critérios da informação sejam atendidos, melhorando os serviços públicos e prevenindo irregularidades, desvios e perdas de recursos públicos, a TI precisa ser objeto de ações de controle. Sendo as auditorias um dos principais instrumentos de fiscalização dos tribunais de contas, este trabalho buscou, como objetivo geral, analisar a atuação do TCE-CE em auditorias de TI. Para tanto, foi realizada uma pesquisa qualitativa e descritiva, com base nos relatórios de auditoria de TI do TCE-CE do período de 2011 a 2016. Os resultados demonstram que o TCE-CE tem realizado, principalmente, auditorias em gestão de TI (organização), ambiente de informática (segurança e infraestrutura) e licitações e contratos.

PALAVRAS-CHAVE: Auditoria de TI. Controle Externo. Tribunal de Contas. Tecnologia da Informação. Gestão de TI.

ABSTRACT: Typically, information technology (IT) has consumed much of the organization's budget. Thus, particularly in public organizations, it is reasonable to infer that IT-related resources should be managed by avoiding unnecessary waste and expense, always focusing on efficiency, effectiveness, and cost-effectiveness. To ensure that information criteria are met, improving public services and preventing irregularities, deviations and losses of public resources, IT must be subject to control actions. As audits are one of the main instruments of account courts, this work sought, as a general objective, to analyze the performance of the TCE-CE in IT audits. Therefore, a qualitative and descriptive survey was carried out, based on the TCE-CE IT audit reports in the period 2011 to 2016. The results demonstrate that the TCE-CE has mainly carried out audits in IT management (organization), computer environment (security and infrastructure) and biddings and contracts.

KEYWORDS: IT Audit. External Control. Audit Office. Information Technology. IT Management.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira cobra mais resultados dos organismos governamentais, que têm buscado transformar seu modo de organização e funcionamento em busca de maior eficiência na prestação de seus deveres para atender as demandas sociais. Dessa forma, a efetiva gestão de tecnologia da informação (TI) passa a ser fundamental para que os gestores públicos realizem o planejamento, o controle e a efetiva execução das políticas públicas de que a sociedade brasileira necessita, porque traz mais flexibilidade e transparência aos processos.

O uso da TI no setor governamental possibilita a disponibilização de informações que subsidiam a tomada de decisão pelo gestor público, bem como oferece um acompanhamento mais eficaz pelos órgãos de controle acerca de como os recursos estão sendo aplicados (SILVA, 2012).

A TI, portanto, é uma área que representa alto risco e alto custo em uma organização, seja ela pública ou privada. Na administração pública, a TI consome boa parte do orçamento e, portanto, deve ser bem gerida com vistas a evitar desperdícios e gastos desnecessários, sempre com foco na eficiência, eficácia e economicidade.

Neste contexto, a TI precisa ser objeto de ações de controle, a fim de garantir que os critérios da informação sejam atendidos, contribuindo para a eficácia, eficiência e economicidade dos serviços públicos e para a prevenção de irregularidades, desvios e perdas de recursos públicos (HANASHIRO, 2007).

Os tribunais de contas, com fulcro na sua função de controle externo, devem, portanto, atuar na fiscalização dos recursos em iniciativas de TI, bem como na verificação da qualidade dos serviços prestados e identificar deficiências que obstaculizam sua operação de forma eficiente, eficaz e efetiva. Essa fiscalização ocorre, principalmente, por meio da auditoria de TI, que permite a avaliação dos controles implementados de forma a detectar fragilidades e incentivar a correção de problemas ou desconformidades.

O TCE-CE faz parte do sistema de controle externo do Ceará e possui as competências definidas na Constituição do Estado de Ceará, em sua Lei Orgânica e em seu Regimento Interno, dentre as quais se destacam: apreciar as contas prestadas anualmente pelo governador do Estado, mediante parecer prévio; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração

direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Estadual, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo à Fazenda Estadual; realizar, de ofício, ou por iniciativa da Assembleia Legislativa, de suas comissões técnicas ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Diante da importância do uso dos recursos de TI na administração pública e da atuação dos órgãos de controle externo nas atividades de fiscalização por meio de auditorias de TI, determinou-se a seguinte questão norteadora para esta pesquisa: como o Tribunal de Contas do Estado do Ceará tem atuado, por meio de auditorias de tecnologia da informação, para a avaliação da gestão dos recursos de TI no estado do Ceará?

Para responder a esta questão de pesquisa, este trabalho buscou, como objetivo geral, analisar a atuação do TCE-CE em auditorias de tecnologia da informação. Como objetivos específicos, foram definidos: (i) classificar as auditorias segundo o objeto em análise; (ii) agrupar os achados de auditorias de TI realizadas pelo TCE-CE; (iii) relacionar os achados com as classificações das auditorias.

A relevância deste estudo reside na identificação das principais deficiências e falhas encontradas no uso e gestão de TI na administração pública estadual, permitindo orientar a ação dos gestores públicos e contribuir para a melhoria da gestão pública estadual. Os resultados desta pesquisa podem ainda facilitar a detecção de problemas relacionados à TI no âmbito da administração pública. Ademais, este estudo contribui para ampliar o debate acadêmico sobre a auditoria de TI, trazendo resultados empíricos que podem ser confrontados com estudos realizados em outros órgãos ou entidades de controle.

Este estudo trata-se de uma pesquisa qualitativa quanto à natureza, e descritiva em relação aos objetivos. Quanto aos procedimentos técnicos, utilizou-se a técnica de pesquisa documental com análise de conteúdo dos relatórios de auditorias em TI realizadas pelo TCE-CE no período de 2011 a 2016.

Além desta seção introdutória, o artigo segue com uma seção de referencial teórico, a qual aborda o controle na administração pública e auditoria de tecnologia da informação. Em seguida, são apresentadas as seções de metodologia, resultados e conclusões.

1 REFERENCIAL TEÓRICO

Esta seção apresenta o referencial teórico que fundamenta a pesquisa. Ela está subdividida em controle da administração pública e auditoria de tecnologia da informação.

1.1 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O termo controle é de origem francesa e foi introduzido e consagrado no direito brasileiro por intermédio da pesquisa Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário de Miguel Seabra Fagundes, no ano de 1941. Para Souza (2006), controle é a função administrativa que tem por finalidade observar se os fatos se passaram de acordo com o que a administração determinou.

O controle pode ser considerado um mecanismo sistêmico composto por quatro elementos que atuam cooperativamente. O primeiro é o elemento detector, que é capaz de identificar e reagir ao surgimento de situações e ocorrências no âmbito do processo que está sob controle. O segundo é o elemento avaliador, que é capaz de estabelecer a importância das ocorrências, às vezes por comparação com padrões. O terceiro é o elemento executante, que é capaz de alterar o comportamento do processo quando o avaliador identifica ocorrências relevantes. O quarto e último é o elemento de comunicação, que é capaz de interligar com informações os elementos detector e avaliador e entre avaliador e executante (RIBEIRO FILHO *et al.*, 2008).

Para Jardim (2015), controlar significa obter informações sobre o desempenho e, com elas, realimentar os tomadores de decisões, permitindo-os compararem os resultados reais com os planejados e decidirem o que fazer com as discrepâncias observadas. Ademais, conforme Rezende, Slomski e Corrar (2005), o controle das atividades públicas é um elemento-chave no acompanhamento da execução dos programas de governo, apontando falhas e desvios, zelando pela boa utilização, manutenção e guarda dos bens patrimoniais, e verificando a perfeita aplicação das normas e princípios adotados, de modo a propiciar uma correta e eficaz aplicação desses recursos.

O controle pode ser classificado quanto ao aspecto longitudinal em prévio, concomitante e posterior. Segundo a doutrina de Di Pietro (2014), controle prévio tem caráter preventivo e visa impedir que seja praticado ato ilegal ou contrário ao interesse público. Controle concomitante é o que acompanha a atuação administrativa no mesmo momento em que ela

se verifica. Por fim, controle posterior tem por objetivo rever os atos já praticados com vistas a corrigi-los, desfazê-los ou apenas confirmá-los.

Quanto à entidade que o realiza, há os controles interno e externo. O controle interno ocorre quando é realizado pelos próprios órgãos estatais, ou seja, quando é exercido pelo órgão controlador dentro da estrutura burocrática que pratica os atos sujeitos ao seu controle. O controle externo, por sua vez, acontece quando o órgão controlador situa-se externamente ao órgão controlado, mais precisamente realizado pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas (MEIRELLES, 2010).

O controle externo, por sua vez, pode ser discutido em dois sentidos: o controle político, realizado pelas casas legislativas, e o controle técnico, que abrange a fiscalização contábil, patrimonial, financeira e orçamentária, exercido com o auxílio técnico dos tribunais de contas (ZYMLER, 2010). Silva (2012) acrescenta que o controle técnico consiste na verificação, por meio de procedimentos de auditoria e fiscalização, da correta aplicação dos recursos públicos de acordo com as legislações pertinentes em vigor, assim como a existência da eficácia nas ações dos gestores públicos.

O sistema de tribunais de contas brasileiros é formado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), 26 tribunais de contas estaduais (TCE) e seis tribunais de contas com jurisdição municipal (TCM), totalizando 34 órgãos. Dessa forma, o TCE-CE faz parte do sistema de controle externo do Ceará e possui as competências definidas na Constituição do Estado de Ceará, em sua Lei Orgânica e em seu Regimento Interno, dentre as quais se destacam: apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado, mediante parecer prévio; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Estadual, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo à Fazenda Estadual; realizar, de ofício, ou por iniciativa da Assembleia Legislativa, de suas comissões técnicas ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

1.2 AUDITORIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

As atividades do setor público têm se tornado cada vez mais dependentes de processos de tecnologia da informação (TI) e das informações geradas por eles. A efetiva gestão de TI passa a ser fundamental para

que os gestores públicos possam realizar o planejamento, o controle e a efetiva execução das políticas públicas de que a sociedade brasileira tanto necessita, porque traz mais flexibilidade e transparência aos processos.

Os tribunais de contas, com base na sua função de controle externo, devem atuar na fiscalização dos recursos em iniciativas de TI, bem como na verificação da qualidade dos serviços prestados e identificar deficiências que obstaculizam sua operação de forma eficiente, eficaz e efetiva. Neste contexto, surgem as chamadas auditorias de TI.

A auditoria de TI é o conjunto de técnicas e procedimentos para revisão e avaliação dos sistemas de informação e serviços de TI, normas baseadas em computador e normas da organização (BARRIENTOS; HERNÁNDEZ; ALVA, 2016). Para Dias (2000), a auditoria de TI é essencialmente operacional, por meio da qual os auditores analisam os sistemas de informação, o ambiente computacional, a segurança de informações e o controle interno da entidade fiscalizada, identificando seus pontos fortes e/ou deficiências.

Conforme Albertin (2002), a filosofia de auditoria de TI está calcada em confiança e em controles internos, visando confirmar se estes foram implementados, se existem e se são efetivos. Schmidt, Santos e Arima (2006) corroboram com esse entendimento afirmando que a auditoria de TI deve ser utilizada para promover adequação, revisão, avaliação e recomendações para o aprimoramento dos controles internos nos sistemas de informações da organização, bem como para avaliar a utilização dos recursos humanos, materiais e tecnológicos envolvidos no processamento dos mesmos. Hanashiro (2007), por sua vez, destaca que a auditoria de TI pode evitar desvios e fraudes decorrentes de controles ainda incipientes nesta área de conhecimento.

Barrientos, Hernández e Alva (2016) dispõem sobre os objetivos da auditoria de TI, quais sejam: aumentar a satisfação do usuário de sistemas de informação; assegurar maior integridade, disponibilidade e confidencialidade das informações, por recomendações de supervisão e segurança adequadas; minimizar a existência de riscos de computador no uso de TI; conhecer a situação atual na área de informações e atividades e os esforços para alcançar os objetivos organizacionais; localizar a auditoria de TI dentro dos objetivos e metas estratégicos da organização; identificar os elementos teóricos envolvidos na disciplina de auditoria e sua relação com os sistemas tecnológicos de informação; identificar modelos de referência, metodologias e ferramentas que suportam a atividade de sistemas de TI.

O termo auditoria de TI é muito amplo. Devido à complexidade da estrutura de um ambiente informatizado, o trabalho de auditoria de TI é dividido em diversos campos, diferenciados pelo enfoque e pela abrangência do trabalho a ser realizado. Em relação ao objeto em análise, podem ser destacadas as classificações de Dias (2000), Hanashiro (2007), Monteiro (2008) e Lyra (2008), conforme sintetizado no Quadro 1.

Quadro 1 - Classificação das auditorias de TI quanto ao objeto de análise.

Autor	Classificação
(DIAS, 2000)	<p><i>Segurança de Informações:</i> determina a postura da organização com relação à segurança das suas informações. Tecnologia da Informação: abrange todos os aspectos relacionados com a auditoria da segurança das informações, além de outros controles que podem influenciar a segurança de informações e o bom funcionamento dos sistemas da organização. Aplicativos: voltada para a segurança e o controle de aplicativos.</p>
(HANASHIRO, 2007)	<p><i>Dados:</i> ações de controle cujo objeto é a base de dados a ser analisada com o auxílio de um software de análise de dados.</p> <p>Infraestrutura: ações de controle sobre infraestrutura (ex. sistema operacional e rede), exigindo conhecimento técnico da área.</p> <p>Gestão de TI: ações de controle cujo objeto é a própria gestão da TI, envolvendo análise do planejamento, execução e controle.</p> <p>Segurança: ações de controle cujo objeto é o aspecto de segurança dos processos, sistemas e informações da unidade examinada.</p> <p>Licitações e Contratos: ações de controle envolvendo análise de licitações ou contratos cujos objetos são bens ou serviços de TI.</p> <p>Aplicativos: ações de controle envolvendo a análise de software tanto do ponto de vista operacional quanto do ponto de vista legal.</p>
(MONTEIRO, 2008)	<p><i>Organização:</i> engloba aspectos como políticas, padrões e procedimentos da organização, responsabilidades organizacionais, gerência e planejamento de capacidade. Ambiente de Informática: abrange as áreas de segurança física e lógica, contingências e operação do ambiente de TI.</p> <p><i>Banco de Dados:</i> abrange a verificação da integridade, consistência e disponibilidade dos dados, bem como do acesso aos mesmos.</p> <p><i>Redes de Comunicação de Dados:</i> envolve a tecnologia, gerência e segurança das informações transmitidas através das redes.</p> <p><i>Desenvolvimento de sistemas:</i> abrange as metodologias de desenvolvimento de sistemas, projeto, estudo de viabilidade, design, implementação, operação e manutenção de sistemas de informática.</p> <p><i>Microcomputadores:</i> busca avaliar a atuação do Departamento de Informática para identificar ações implementadas, como inventário de micros, sua localização física e seus softwares, mecanismos para prevenir e detectar o uso ou instalação de programas não licenciados (software pirata), procedimentos para documentação e backup de programas, arquivos de dados e aplicativos, e tratamento dado ao ambiente de microinformática no Plano de Contingência.</p> <p><i>Aplicativos:</i> auditoria de um sistema de informação específico, levando em conta aspectos técnico e o legal relativos à área auditada.</p> <p><i>Licitações e Contratos:</i> evitar que um processo seja aprovado com imperfeições na descrição técnica do objeto que poderiam, inclusive, comprometer a análise legal.</p>

(LYRA, 2008)	<p>Durante o desenvolvimento de sistemas: comprehende auditar todo o processo de construção de sistemas de informação, da fase de requisitos até a sua implementação.</p> <p>Sistemas em Produção: preocupa-se com os procedimentos e resultados dos sistemas já implantados, com relação à segurança, correção e tolerância a falhas.</p> <p>Ambiente tecnológico: análise do ambiente de informática em termos de estrutura organizacional, contratos, normas, técnicas, custos, nível de utilização de equipamentos e planos de segurança e de contingência.</p> <p>Eventos específicos: comprehende a análise das causas, consequências e ações corretivas cabíveis em eventos não cobertos pelas auditorias anteriores.</p>
--------------	--

Fonte: elaborado pelos autores.

Por toda essa abrangência de objetos, a auditoria de TI é ferramenta fundamental para que a administração pública controle seus atos relacionados à TI, nos mesmos moldes que fiscaliza suas outras atividades, resultado do seu poder-dever de controlar suas próprias ações do ponto de vista legal e de mérito (HANASHIRO, 2007).

Segundo Hanashiro (2007), devido à diversidade de áreas, às peculiaridades de cada ambiente auditado e à vasta possibilidade de definição de escopos, cada auditoria deve ser tratada como um projeto e, dessa forma, poderiam ser melhor programadas e coordenadas, não permitindo que o conhecimento se perca em departamentos isolados e facilitando a padronização de diretrizes e linguagem dentro do órgão de controle.

O relatório é o principal produto de uma auditoria, consistindo em um instrumento formal e técnico por intermédio do qual a equipe de auditoria comunica aos leitores: o objetivo e as questões de auditoria, a metodologia utilizada, os achados de auditoria, as conclusões e a proposta de encaminhamento (TCU, 2009). Assim, o relatório de auditoria é um dos instrumentos que pode ser utilizado para verificar como os tribunais de contas atuam no exercício do controle externo.

Um achado é a discrepância entre a situação existente e o critério. Achados são situações verificadas pelo auditor durante o trabalho de campo que serão usadas para responder às questões de auditoria (TCU, 2010). Neste sentido, os achados demonstram as principais deficiências ou irregularidades encontradas em um trabalho de auditoria.

2 METODOLOGIA

Esta pesquisa, quanto aos fins, se classifica como descritiva, pois busca descrever as características das auditorias de TI realizadas pelo TCE-CE. Para Gil (2002), uma pesquisa descritiva se propõe a descrever as características de determinado fenômeno, podendo estudar a opinião de uma população acerca deste fenômeno por meio da aplicação de técnicas padronizadas de coletas de dados, como o questionário.

Em relação aos meios, trata-se de pesquisa documental, uma vez que a investigação é realizada com base em documentos internos do TCE-CE relacionados ao objeto de estudo. Santos (2000) define a pesquisa documental como sendo a realizada em fontes como tabelas estatísticas, cartas, pareceres, fotografias, atas, relatórios, obras originais de qualquer natureza (pintura, escultura, desenho, etc.), notas, diários, projetos de lei, ofícios, discursos, mapas, testamentos, inventários, informativos, depoimentos orais e escritos, certidões, correspondência pessoal ou comercial, documentos informativos arquivados em repartições públicas, associações, igrejas, hospitais e sindicatos.

Os dados foram coletados a partir da análise de conteúdo de 17 relatórios de auditoria de TI realizadas pela 13^a Inspetoria de Controle Externo e pela Gerência de Fiscalização de Operações de Créditos Externas e Tecnologia da Informação do TCE-CE no período de 2011 a 2016.

As auditorias foram classificadas com base nas propostas de Hanashiro (2007) e Monteiro (2008), por estas apresentarem um maior número de categorias e, portanto, permitirem uma melhor separação dos objetos da auditoria de TI.

A partir da análise do conteúdo da seção “Dos Achados de Auditoria” dos relatórios analisados, todos os achados foram identificados e categorizados com base nas deficiências ou irregularidades apontadas.

A base de dados foi construída a partir dos achados, da categorização para estes achados, da identificação do relatório e das classificações segundo Hanashiro (2007) e Monteiro (2008), conforme demonstrado no Quadro 2.

Quadro 2 - Instrumento de coleta utilizado.

Achado	Categorização	Identificação do Relatório	Classificação segundo Hanashiro (2007)	Classificação segundo Monteiro (2008)
Título ou descrição do achado	Categoria com base na similaridade dos achados quanto à deficiência ou irregularidade apontada.	Número e ano do relatório	Categorização com base no objeto da auditoria.	Categorização com base no objeto da auditoria.

Fonte: elaborado pelos autores.

A análise dos dados prosseguiu com base na contagem da quantidade de auditorias realizadas para as classificações de Hanashiro (2007) e Monteiro (2008), buscando identificar em que tipos de auditoria o TCE-CE têm atuado com mais frequência.

Os achados foram analisados também segundo a sua frequência, permitindo avaliar quais os principais problemas apontados pelo TCE-CE em auditorias de TI. Adicionalmente, foi feito um relacionamento entre as categorias de achados e as classificações de auditoria, buscando identificar os principais achados relacionados a cada categoria.

3 RESULTADOS

A presente pesquisa está baseada na análise de conteúdo de 17 relatórios de auditoria de TI. Ela resultou na classificação das auditorias segundo o objeto em análise e na identificação de 82 achados de auditoria, prosseguindo-se com a quantificação do total de achados e média de achados por área de auditoria.

A Tabela 1 apresenta os resultados da classificação das auditorias de TI segundo a proposta de Hanashiro (2007), bem como a quantidade de auditorias e de achados para cada uma destas categorias.

Tabela 1 - Auditorias de TI realizadas na classificação de Hanashiro (2007).

Classificação	Relatórios	Quant. de auditorias	Quant. de achados	Média de achados por auditoria
Gestão de TI	002/2015, 005/2015, 007/2015, 001/2014, 003/2011	5	14	2,8
Licitações e contratos	00/2015, 003/2015, 00/2015, 008/2015, 009/2015	5	8	1,6
Segurança	001/2011, 002/2011, 004/2011	3	37	12,3
Infraestrutura	001/2013, 001/2012	2	8	4,0
Aplicativos	002/2016, 005/2011	2	15	7,5
Dados	Nenhuma ocorrência.			

Fonte: elaborada pelos autores.

Com base nos quantitativos apresentados na Tabela 1, percebe-se que o TCE-CE tem atuado com maior frequência em auditorias de gestão de TI e de licitações e contratos, despendendo aproximadamente 30% do total das auditorias realizadas para cada uma destas áreas. Dessa forma, a área de gestão de TI e de licitações de contratos recebeu bastante atenção das auditorias do TCE-CE, contemplando mais da metade do número de auditorias realizadas no período de análise. Cabe registrar que não foi realizada nenhuma auditoria na área de dados.

Em relação aos achados encontrados, nota-se que não há uma relação diretamente proporcional entre o número de auditorias e o número de achados. As auditorias que apresentam maior média de achados por auditoria foram a de segurança, com média de 12,3 achados por auditoria e a aplicativos, com 7,5 achados por achados por auditoria. Cabe destacar que as áreas com maior número de auditorias efetuadas apresentaram baixas médias de achados.

A Tabela 2 apresenta os resultados da classificação das auditorias de TI segundo a adotada em Monteiro (2008), bem como a quantidade de auditorias e de achados para cada uma destas categorias.

Tabela 2 - Auditorias de TI realizadas na classificação de Monteiro (2008).

Classificação	Relatórios	Quant. de auditorias	Quant. de achados	Média de achados por auditoria
Organização	002/2015, 005/2015, 007/2015, 001/2014, 003/2011	5	14	2,8
Licitações e Contratos	00/2015, 003/2015, 00/2015, 008/2015, 009/2015	5	8	1,6
Ambiente de Informática	001/2013, 001/2012, 001/2011, 002/2011, 004/2011	5	45	9,0
Aplicativos	002/2016, 005/2011	2	15	7,5
As categorias Banco de Dados, Desenvolvimento de Sistemas, Rede de Comunicação e Microcomputadores não tiveram nenhuma ocorrência.				

Fonte: elaborada pelos autores.

Os dados apresentados na Tabela 2 demonstram que o TCE-CE tem atuado com maior frequência em auditorias de organização e de licitações e contratos, com aproximadamente 30% do total de auditorias para cada uma dessas áreas. É importante mencionar que as categorias banco de dados, desenvolvimento de sistemas, rede de comunicação e microcomputadores não tiveram nenhuma ocorrência.

Em relação aos achados encontrados, percebe-se que um número maior de auditorias não necessariamente significa um maior número de achados. As auditorias realizadas nas áreas de ambiente de informática e aplicativos apresentaram grande número de achados, sendo, em média, 9 achados por auditoria para a primeira e 7,5 achados por auditoria para a segunda.

A partir da observação de ambas as classificações, nota-se que as auditorias categorizadas em segurança e em infraestrutura pela proposta de Hanashiro (2007) compõem a categoria de ambiente de informática

do trabalho de Monteiro (2008), demonstrando que os objetos de análise de auditorias destes tipos estão inter-relacionados. Percebe-se ainda que todas as auditorias categorizadas em gestão de TI pela base de Hanashiro (2007) foram categorizadas como organização pela base de Monteiro (2008), o que demonstra que essas categorias englobam o mesmo objeto. As categorias de licitações e contratos e de aplicativos são similares nas duas classificações.

Monteiro (2008) destaca a importância da auditoria de TI na área de organização, afirmando ser de alta relevância para auditoria de sistemas, pois, neste campo, estão as definições de padrões e regras a serem seguidas no setor de TI, bem como procedimentos que garantam o efetivo cumprimento destas. Com base nos resultados apresentados, pode-se afirmar que esta é uma das áreas de maior atuação do TCE-CE em relação às auditorias de TI.

Outra área que é de extrema importância para o setor público é a de aplicativos, pois, segundo Monteiro (2008), estando os controles dos recursos informatizados, os sistemas devem conter instrumentos que garantam a confiabilidade, segurança e disponibilidade dos dados provenientes destes. Verifica-se que o TCE-CE somente atuou em duas auditorias de aplicativos no período de 2011 a 2016, representando 11% do total de auditorias.

A terceira área destacada por Monteiro (2008) é a de redes de comunicação de dados. Segundo este autor, os controles de auditoria desta área são altamente importantes, pois envolvem as principais ferramentas de acesso a dados, contidas na maioria dos sistemas operacionais de rede. Como pode-se constatar, o TCE-CE não atuou em nenhuma auditoria desta área.

Os achados foram categorizados com base na similaridade das deficiências ou irregularidades apontadas, totalizando, inicialmente, 26 categorias. As 18 categorias com menores quantidades de achados foram agrupadas em outras categorias.

A Tabela 3 apresenta a categorização dos achados de auditoria encontrados nos relatórios analisados, a quantidade de achados por categoria e em que tipos de auditoria estes achados foram encontrados.

Tabela 3 - Categorização dos achados de auditoria.

Cat.	Descrição	Qtd.	%	Tipo de auditoria (Hanashiro, 2007)	Tipo de auditoria (Monteiro, 2008)
1	Políticas ou Planos de Segurança da Informação inexistentes ou deficientes	14	17,07%	Infraestrutura; Segurança; Aplicativos	Ambiente de Informática; Aplicativos
2	Informações divergentes, inconsistentes ou incompletas	7	8,54%	Aplicativos; Segurança	Aplicativos; Ambiente de Informática
3	Mão-de-obra deficiente ou irregular	7	8,54%	Gestão de TI; Infraestrutura; Segurança	Organização; Ambiente de Informática
4	Planejamento de contratação ou aquisição não realizado ou deficiente	6	7,32%	Gestão de TI; Licitações e Contratos	Organização; Licitações e Contratos
5	Atendimento ao usuário deficiente ou insuficiente	4	4,88%	Segurança	Ambiente de Informática
6	Aquisição sem parecer prévio ou com parecer inadequado	4	4,88%	Gestão de TI; Licitações e Contratos	Organização; Licitações e Contratos
7	Procedimento de controle de acesso inexistente ou deficiente	4	4,88%	Segurança	Ambiente de Informática
8	Equipamentos ou serviços mal utilizados	4	4,88%	Licitações e Contratos; Infraestrutura	Licitações e Contratos; Ambiente de Informática
-	Outras categorias	32	39,02%	Segurança; Infraestrutura; Gestão de TI; Licitações e contratos; Aplicativos.	Ambiente de Informática; Organização; Licitações e contratos; Aplicativos

Fonte: elaborada pelos autores

A frequência relativa dos achados de auditoria apresentada na Tabela 3 demonstra que os achados mais encontrados nas auditorias analisadas são relacionados a políticas ou planos de segurança da informação in-existentes ou deficientes, totalizando 17,07% dos achados destas auditorias. Esta categoria contempla a ausência de documentos formais de políticas de informação e de planos específicos relacionados a controle de acesso, gerenciamento de senhas, gerenciamento de capacidade, backup e gerenciamento de continuidade. Percebe-se, portanto, que há uma deficiência em relação à gestão da segurança da informação no Estado do Ceará e que o TCE-CE está atuando bastante em verificações desta natureza.

Vale ressaltar que achados relativos a políticas ou planos de segurança da informação foram encontrados em mais de um tipo de auditoria. Segundo a classificação de Hanashiro (2007), eles foram encontrados em auditorias de infraestrutura, de segurança e de aplicativos. Na classificação de Monteiro (2008), foram encontrados achados desta categoria em auditorias de ambiente de informática e de aplicativos. Este fato demonstra que o escopo das auditorias não é bem definido em relação aos achados, mas significa também que o TCE-CE está atento às deficiências que encontra ainda que, inicialmente não contidos no escopo da auditoria.

Os achados referentes a informações divergentes, inconsistentes ou incompletas figuram 8,54% do total de achados. Estes achados são encontrados tanto em auditorias de aplicativos quanto em auditorias de segurança (ou ambiente de informática). Os principais achados desta categoria referem-se à divergência de informações em relatórios e a informações ausentes ou não cadastradas.

Os achados relativos à mão-de-obra deficiente ou irregular também figuram com 8,54% do total de achados. Nota-se que, dentro da perspectiva de Hanashiro (2007), eles foram encontrados em auditorias de gestão de TI, de infraestrutura e de segurança e, segundo a classificação de Monteiro (2008), foram encontrados em auditorias de organização e ambiente de informática. Dessa forma, reforça-se que o escopo das auditorias pode estar indefinido, mas que, na execução das auditorias, os achados não são desconsiderados, ainda que não referentes ao escopo inicial. Os achados desta categoria incluem problemas de terceirização irregular, com contratos de terceirização e com sobrecarga de servidores.

Com 7,32% dos achados, há os categorizados como planejamento de contratação ou aquisição não realizado ou deficiente. Estes achados são encontrados em auditorias de gestão de TI (ou organização) e de licitações

e contratos. Os principais problemas apontados pelo TCE-CE em achados desta categoria relacionam-se à ausência de demonstração de vantagens das contratações e de estudos de viabilidade.

As categorias atendimento ao usuário deficiente ou insuficiente, aquisição sem parecer prévio ou com parecer inadequado, procedimento de controle de acesso inexistente ou deficiente e equipamentos ou serviços mal utilizados apresentam 4 achados cada relacionados às áreas de segurança, gestão de TI (ou organização), licitações e contratos e infraestrutura (ou ambiente de informática).

O grupo outras categorias apresenta as categorias com menor frequência de achados, representando 39,02% daqueles. Desta forma, percebe-se que mais de 60% dos achados estão relacionados às 8 categorias apresentadas na Tabela 3, ou seja, cerca de um terço dos achados são mais recorrentes e representam mais da metade do total de achados encontrados nas auditorias analisadas.

4 CONCLUSÕES

Os resultados apresentados permitiram alcançar o objetivo geral deste estudo, que foi analisar a atuação do TCE-CE em auditorias de TI. Por meio da análise dos relatórios de auditoria, foi possível realizar a classificação das auditorias quanto ao objeto analisado e a identificação dos achados encontrados nestas auditorias.

Em relação ao objetivo específico que buscou classificar as auditorias segundo o objeto em análise, este estudo identificou que o TCE-CE tem realizado auditorias de gestão de TI (ou organização), licitações e contratos, ambiente de informática (segurança e infraestrutura) e aplicativos, atuando principalmente nas duas primeiras categorias. Os resultados demonstram ainda que o TCE-CE não tem atuado em auditoria de dados (ou de banco de dados), de desenvolvimento de sistemas, de redes de comunicação e de microcomputadores.

Quanto ao segundo objetivo específico, que foi agrupar os achados de auditoria identificados pelo TCE-CE, este estudo demonstrou que são encontrados uma maior quantidade de achados em auditorias de ambiente de informática (segurança e infraestrutura) e aplicativos. O agrupamento dos achados por similaridade entre as deficiências ou irregularidades apontadas permite concluir os principais achados encontrados nas auditorias do TCE-CE estão relacionados a políticas ou planos de segurança da informação inexistentes ou ineficientes, a informações divergentes, inconsistentes ou

incompletas, a mão-de-obra deficiente ou irregular e a planejamento de contratação ou aquisição não realizado ou deficiente.

Quanto ao objetivo de relacionar os achados com as classificações das auditorias, o agrupamento dos achados por similaridades permitiu identificar que as auditorias realizadas pelo TCE-CE não possuem totalmente definidos achados que estariam relacionados com auditorias de outros tipos. Isto representa que o TCE-CE está atento às deficiências encontradas durante a execução de auditorias e não exclui a apresentação de achados ainda que estes não estejam diretamente relacionados ao tipo de auditoria realizada.

Conclui-se que o TCE-CE tem concentrado suas auditorias em gestão de TI, o que é importante para melhorar a eficiência, efetividade e economicidade da gestão de TI na administração pública estadual e em licitações e contratos, sendo relevante para identificar desvios e fraudes em contratações. Adicionalmente, conclui-se que o TCE-CE tem deixado de atuar em auditorias em áreas relevantes como a de dados e de redes de comunicação, sendo necessário avaliar a possibilidade de realização de auditorias que contemplem estas áreas.

Este estudo apresentou algumas limitações. Primeiro, limitou-se a uma única unidade organizacional, dificultando a generalização dos resultados apresentados para outras organizações. Segundo, a falta de uma categorização de achados baseadas na literatura dificultou a classificação dos achados. Terceiro, a dificuldade de encontrar estudos de natureza similares não permitiu uma confrontação dos resultados com os de outros tribunais.

Sugere-se que esta pesquisa seja reaplicada contemplando outros instrumentos de fiscalização dos tribunais de contas, como inspeções e representações. Sugere-se, ainda, que esta pesquisa seja replicada em outros tribunais de contas, permitindo assim a consolidação da atuação em auditorias de TI em outras realidades. Recomenda-se, por fim, que seja realizado um estudo comparativo entre as auditorias realizadas por todos os tribunais de contas brasileiros.

REFERÊNCIAS

- ALBERTIN, Alberto Luiz. *Administração de Informática: funções e fatores críticos de sucesso*. Colaboração de Rosa Maria de Moura. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BARRIENTOS, Omar Téllez; HERNÁNDEZ, Moramay Ramírez; ALVA, Angelina Díaz. Auditoría de Sistema de TI como medio de aseguramiento de control en las empresas del Siglo XXI/IT. Audit System as a means of control assurance in 21st-century companies. *RECI Revista Iberoamericana de las Ciencias Computacionales e Informática*, v. 5, n. 10, p. 117-134, 2016.

DIAS, Cláudia. *Segurança e Auditoria da Tecnologia da Informação*. Rio de Janeiro, Axel Books, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HANASHIRO, Maíra. *Metodologia para desenvolvimento de Procedimentos e Planejamento de Auditorias de TI aplicada à Administração Pública Federal*. 2007. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Engenharia Elétrica. Faculdade de Tecnologia, Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

JARDIM, José Maria. A face oculta do Leviatã: gestão da informação e transparência administrativa. *Revista do Serviço Público*, v. 46, n. 1, p. 137-152, 2015.

LYRA, M. R. *Segurança e Auditoria de Sistemas de Informação*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna LTDA, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

REZENDE, Amaury José; SLOMSKI, Valmor; CORRAR, Luiz João. A Gestão Pública Municipal e a Eficiência dos Gastos Públicos: uma investigação empírica entre as políticas públicas e o índice de desenvolvimento humano (IDH) dos municípios do Estado de São Paulo. *Revista Universo Contábil*, Blumenau, v. 1, n. 1, p. 1-15, 2005.

RIBEIRO FILHO, José Francisco; LOPES, Jorge Expedito de Gusmão; PEDERNEIRAS, Marcleide Maria Macêdo; FERREIRA, Joaquim Osório Liberalquino. Controle interno, controle externo e controle social: análise comparativa da percepção dos profissionais de controle interno de entidades das três esferas da administração pública. *Revista Universo Contábil*, v. 4, n. 3, p. 48-63, 2008.

SANTOS, A. R. *Metodologia Científica: a construção do conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

SCHMIDT, P.; SANTOS, J. L.; ARIMA, C. H. *Fundamentos de Auditoria de Sistemas*. São Paulo, Atlas, 2006. (Coleção resumos de contabilidade, v.9).

SILVA, José Alexandre Fonseca da. *Análise do Sistema Integrado de Contabilidade (SIC) sob a óptica do controle externo: estudo no Tribunal de Contas do Estado do Ceará*. 2012. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Administração e Controladoria. Faculdade de Economia, Administração, Atuária, Contabilidade e Secretariado Executivo, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012.

SOUZA, Jorge. *Controle interno municipal: uma abordagem prática*. Porto Alegre: Evangraf, 2006.

TCU. *Padrões de auditoria de conformidade*. Brasília: TCU, 2009.

TCU. *Manual de auditoria operacional*. Brasília: TCU, 2010.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RECEBIDO EM: 18/01/2018
APROVADO EM: 02/05/2018

CASO GOMES LUND E OUTROS V. BRASIL: O CUMPRIMENTO DA CONDENAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELO BRASIL

**CASE GOMES LUND AND OTHERS V. BRAZIL: COMPLIANCE WITH
THE CONDEMNATION OF THE INTER-AMERICAN COURT OF
HUMAN RIGHTS BY BRAZIL**

Rosaly Bacha Lopes

*Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e
Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado do Pará.- CESUPA
Graduada em em Direito (FAP). Advogada.*

José Claudio Monteiro de Brito Filho

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP.

Professor Titular da Universidade da Amazônia.

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Lei da Anistia e a ADPF nº 153; 2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Caso *Gomes Lund e Outros V. Brasil*; 3 O Cumprimento da Condenação da Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo verificar como o Brasil vem cumprindo a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que o condenou no caso *Gomes Lund e outros v. Brasil*, mesmo havendo uma decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na ADPF n. 153 a respeito da Lei de Anistia, em sentido contrário. Para tanto, propôs-se a analisar a referida decisão do Supremo Tribunal Federal, e bem assim, a estrutura do sistema regional de proteção no qual está inserida a Corte Interamericana de Direitos Humanos que decidiu o caso *Gomes Lund v. Brasil*, e por fim, analisar o cumprimento da condenação pelo Brasil de tal decisão da Corte. A metodologia empregada se baseou no levantamento de dados secundários colhidos a partir da técnica de documentação indireta, sobre os quais se aplicou o método hermenêutico, considerando que se visa compreender como a decisão do caso *Gomes Lund v. Brasil* vem sendo cumprida. Concluiu-se que o Brasil, com exceção das investigações para fins criminais dos agentes estatais, como os militares, vem cumprindo a decisão da Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Ditadura Militar. Guerrilha do Araguaia. Lei de Anistia. ADPF n. 153. Corte Interamericana de Direito Humanos. Caso Gomes Lund e Outros v. Brasil. Condenação. Cumprimento.

ABSTRACT: This article aims to verify how Brazil has complied with the decision of the Inter - American Court of Human Rights that condemned it in the *Gomes Lund et al. Brazil*, even though there is a decision of the Federal Supreme Court, pronounced in ADPF n. 153 concerning the Amnesty Law, to the contrary. In order to do so, it proposed to analyze the aforementioned decision of the Federal Supreme Court, as well as the structure of the regional protection system in which the Inter-American Court of Human Rights, which decided the *Gomes Lund v. Brazil*, and, finally, to analyze compliance with the conviction by Brazil of such Court decision. The methodology used was based on the collection of secondary data collected from the indirect documentation technique, on which the hermeneutical method was applied, considering that it intends to understand how the decision of the case *Gomes Lund v. Brazil* has been fulfilled. It was concluded that Brazil, with the exception of criminal investigations of state agents, such as the military, has been complying with the Court's decision.

KEYWORDS: Military Dictatorship. Guerrilla of the Araguaia. Amnesty Law. ADPF n. 153. Inter-American Court of Human Rights. Case of Gomes Lund et al. Brazil. Conviction. Greeting.

INTRODUÇÃO

Com a criação dos sistemas de proteção dos direitos humanos, expandiu-se a possibilidade de vítimas que sofrem ou sofreram violações de direitos humanos poderem eleger o melhor meio para solucioná-las (violações) (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

A Organização das Nações Unidas, por intermédio do Conselho de Direitos Humanos, integra o sistema universal de proteção. Em nível regional, têm-se os sistemas europeu, americano e africano (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

Por meio desses sistemas, tanto o universal quanto os regionais, foi criado um rol de possibilidades de acesso aos meios de defesas dos direitos humanos, permitindo que o indivíduo faça a opção do meio mais eficaz e acessível para protegê-los (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

O Brasil integra o sistema universal de proteção, que foi criado e executado pela ONU. Também integra o sistema regional de proteção, mais precisamente, o sistema interamericano, criado e executado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

E é sobre esse sistema regional de proteção que o presente artigo se deterá.

Em 1992, o Brasil assinou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), e reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas em 1998. Dessa data em diante, o Brasil está submetido às decisões da Comissão e da Corte desse sistema regional de proteção (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

Desse modo, existe a possibilidade de que as decisões do Poder Judiciário brasileiro e as da Corte Interamericana dos Direitos Humanos possam, em determinadas situações, conflitar, a exemplo do que ocorreu com a ADPF 153 e o caso *Gomes Lund vs. Brasil* que dizem respeito a um momento muito específico da história do país: A ditadura militar (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

Durante esse período, que se estendeu de 1964 a 1985, muitos crimes graves foram cometidos na repressão política fomentada pelo Estado em combate aos inimigos do governo. Com fim do regime militar, uma nova ordem surgiu simbolizada pela Constituição de 1988, que inaugurou como

fundamento da República brasileira o princípio da dignidade da pessoa humana (FIUZA; AVILA, 2015).

É nesse contexto que surgiu o debate sobre a recepção da Lei da Anistia, a qual perdoou muitos crimes cometidos durante a ditadura militar.

Foi o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 153, que decidiu em 2010 que a Lei da Anistia havia sido recepcionada pela Constituição de 1988, de modo a dar uma interpretação no sentido de que a anistia concedida se estenderia aos opositores do regime e, ainda, aos agentes estatais (FIUZA; AVILA, 2015).

Por outro lado, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, ao julgar o caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, também em 2010, entendeu de modo diverso, como ainda se verá (FIUZA; AVILA, 2015).

Em que pese decisões conflitantes entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, observa-se que ambos os tribunais são competentes para proteger os direitos humanos. Isso em razão dos direitos humanos possuírem, em tese, dupla garantia, por estarem submetidos aos controles de constitucionalidade e convencionalidade (FIUZA; AVILA, 2015).

O que resta, a saber, é como o Brasil, nos casos em que existem duas decisões em sentido contrário, ou seja, uma do Poder Judiciário brasileiro e outra da Corte Interamericana de Direitos Humanos as cumpre. Mais precisamente, se o Brasil, mesmo com uma decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade em sentido contrário, cumpre a decisão proferida no caso *Gomes Lund vs. Brasil*?

Para tanto, objetiva-se analisar: (i) a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153 a respeito da recepção da Lei da Anistia; e bem assim (ii) a estrutura do sistema regional de proteção no qual está inserida a Corte Interamericana de Direitos Humanos que decidiu o caso *Gomes Lund v. Brasil*, após a referida decisão do Supremo Tribunal Federal; e por fim (iii) o cumprimento da condenação pelo Brasil de tal decisão da Corte.

Tudo isso para concluir se o Brasil, mesmo com uma decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade em sentido contrário, cumpre a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A metodologia empregada no presente artigo, e que permite toda a análise do que se propõe, baseia-se no levantamento de dados secundários sobre a técnica de documentação indireta, como por exemplo, artigos científicos, dissertações de mestrado e outras produções acadêmicas, sobre os quais se aplicou o método hermenêutico, considerando que se visa compreender como a decisão do caso *Gomes Lund vs. Brasil* vem sendo cumprida.

1 A LEI DA ANISTIA E A ADPF N° 153

A ditadura militar foi o período do país no qual militares, em nome da Segurança Nacional, o governaram sem limites (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

Em nome de uma suposta paz e justiça, muitas pessoas foram vítimas desse regime, como representantes políticos, estudantes, trabalhadores rurais, a par de outros, que tiveram seus direitos privados, atos censurados, além do temor vivido (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

Nesse contexto, marcado por profunda repressão, grupos de pessoas passaram a reunir-se em diversos pontos dispersados pelo território nacional, com o propósito de defender seus direitos (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

Foi nesse cenário, que nasceu na região do Araguaia (área de mais ou menos 6.500 km²) um movimento guerrilheiro no período de 1972 a 1974, nas cidades de São Domingos das Latas e São Geraldo, às margens do Rio Araguaia, no Sul do Pará. A região tinha uma população rural em torno de 20 mil habitantes, o movimento aglomerou cerca de 69 militantes do partido político PCdoB (desmembrado do PCB) e, ainda, cerca de 17 campões que passaram a integrá-lo (DOSSIÉ ..., 1995, p. 26).

Por esse motivo, o Governo militar encaminhou aproximadamente 20 mil militares do Exército, Marinha, Aeronáutica, Polícia Federal e Polícias Militares armados para o combate, com o melhor da indústria bélica da época (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

Assim, a luta por direitos reprimidos, se transformou em uma luta sangrenta que esfacelou sem piedade os integrantes do movimento. Os militantes apreendidos eram presos e torturados até a morte (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

Foi para casos como esse que, anos mais tarde, o Congresso Nacional, ainda sob a influência da ditadura militar, editou a Lei nº 6.683 de 1979, que ficou conhecida como a Lei da Anistia, que, sob a justificativa de anistiar os presos políticos, exilados e clandestinos, também anistiou os militares que promoveram violações aos direitos humanos, incluindo o massacre do Rio Araguaia (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

A fim de combater essa lei, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153) foi interposta no Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em Outubro de 2008, cujo pleito foi no sentido de conferir ao §1º do Art. 1º da Lei 6.683/1979 (Lei de Anistia) uma interpretação conforme a Constituição de 1988, para declarar que a anistia, nos termos da lei, não se ampliaria aos crimes comuns feitos pelos agentes de repressão contra opositores políticos, no período militar (MAILLART; SANCHES, 2012). A ação em tela foi julgada improcedente, a decisão manifestou que “a Lei de Anistia representou, em seu momento, uma etapa necessária no processo de reconciliação e redemocratização do país” e que “não se tratou de uma autoanistia” (MAILLART; SANCHES, 2012, p. 470-471).

A Corte Constitucional, por maioria de votos, julgou improcedente a ADPF, para justificar que a Lei da Anistia representa o esquecimento de todos os crimes praticados pela Ditadura Militar (BRASIL, 2017).

O Brasil, com a decisão da ADPF, entendeu prejudicada a competência da Corte Interamericana para revisar decisões da sua mais alta corte. Por entender que, com essa decisão, esgota os recursos internos, obstaculizando o caráter subsidiário do sistema regional de proteção aos direitos humanos (MAILLART; SANCHES, 2012).

A Corte Interamericana reafirmou sua competência, porque o judiciário brasileiro não atuou em conformidade com as garantias do direito internacional. Por essa razão, compete a Corte revisar as decisões de tribunais superiores em desacordo com a Convenção Americana, em típico controle de convencionalidade (MAILLART; SANCHES, 2012).

Em ato contínuo, a Corte considera que a apreciação da Lei de Anistia quanto a sua compatibilidade com a Constituição Nacional do Estado é assunto afeto ao direito interno. Entretanto, a Corte entende que é de sua competência e dever, a realização do controle de convencionalidade, analisar a compatibilidade ou incompatibilidade da Lei de Anistia com as obrigações internacionais do Brasil abarcadas pela Convenção Americana (MAILLART; SANCHES, 2012).

Por essas razões, a Corte depreende que a previsão contida na Lei de Anistia, que impossibilita a investigação e punição de graves violações de direitos humanos, não se coaduna com a previsão expressa na Convenção. De maneira que tal previsão conferida à Lei de Anistia afetou o dever internacional do Estado de investigar, punir as graves violações de direitos humanos e, ainda, a obrigação de adequar seu direito interno, relacionado aos direitos prescritos nos artigos 8, 25 e 2, todos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ademais, a previsão contida na Lei de Anistia não pode ser usada como obstáculo para dar início às investigações dos fatos nem, ao menos, para a identificação e punição dos responsáveis (MAILLART; SANCHES, 2012).

Portanto, sob essa ótica, o Brasil tem o dever de somar esforços para empreender a investigação penal dos fatos ocorridos no período da ditadura militar, com a finalidade de elucidá-los, aferindo os responsáveis e aplicando as sanções.

Outrossim, junto a condenações impostas ao Brasil, a Corte reservou uma parte da sentença para recomendar ao Brasil medidas de caráter pedagógico, cujo propósito é atuar preventivamente para que novas violações não aconteçam. Assim, o Brasil deve conjugar todos os esforços necessários para localizar o paradeiro das vítimas desaparecidas, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares e, ainda, tornar público o reconhecimento de responsabilidade internacional no Caso Araguaia (MAILLART; SANCHES, 2012).

Ainda, sobre a sentença, a Corte determinou que o Brasil tipificasse o delito de desaparecimento forçado de pessoas nos moldes do estabelecido pelos parâmetros internacionais e interamericanos.

Determinou, também, que o Brasil deva buscar sistematizar e publicar todas as informações relacionadas à Guerrilha do Araguaia e buscar informações afetas a violações de direitos humanos sucedidos no regime militar, o que resultou na criação da Comissão de Verdade (MAILLART; SANCHES, 2012).

Pelo exposto, a Corte, no caso em tela, desempenhou sua missão de órgão de proteção dos direitos humanos. A decisão emanada da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, o que resulta no dever de seu imediato cumprimento pelo Estado (MAILLART; SANCHES, 2012).

A efetividade da proteção dos direitos humanos pelo Brasil, só será realidade se medidas nacionais forem implementadas, a partir do compromisso do Estado com as vítimas das violações aos direitos humanos do período militar (MAILLART; SANCHES, 2012).

A discussão levantada na ação (ADPF nº 153) foi a redação ambígua do §1º do Art. 1º da Lei 6.683/1979, de maneira que se buscou a interpretação do termo “crimes conexos”, com o objetivo de não ver incluído nesses crimes comuns os cometidos pelos agentes da repressão e seus mandantes do governo contra os opositores do regime militar (MATION, 2013, p. 104).

O Conselho Federal da OAB enumerou os preceitos fundamentais violados, quais sejam, o princípio da isonomia em matéria de segurança, o da proibição de ocultar a verdade, o republicano, o democrático e a dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro (MATION, 2013, p. 105).

É de se registrar que a petição inicial da ADPF nº 153 não deu um tratamento relevante ao direito internacional para a questão jurídica discutida. Contudo, houve referência a tratados internacionais, apenas com a finalidade de corroborar que a tortura é “universalmente qualificada como prática aviltante”, o que demonstra, portanto, que não poderia ter existido decisão que desonerasse de responsabilidade os agentes da repressão e seus mandantes do governo (MATION, 2013, p. 105).

Por sua vez, o direito internacional foi mencionado, especialmente pelos *amicus curiae*, a exemplo do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), Associação Brasileira de Anistiados Políticos (ABAP) e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares (ADNAM) (MATION, 2013).

O CEJIL e outros *amicus curiae* trouxeram ao debate a pertinência do direito internacional, especialmente, porque o Supremo Tribunal Federal reconheceu a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, no caso do depositário infiel (MATION, 2013, p. 106).

A visão tradicional da Corte Constitucional era no sentido de considerar os tratados de Direitos Humanos, apenas como equivalentes à lei ordinária federal, estando sujeitos à suspensão de validade no caso de lei posterior em sentido contrário. Razão pela qual, o STF se manifestou favorável à prisão por dívida, expressamente proibida pela *Convenção Americana de Direitos Humanos* em seu art. 7º, item 7 (exceção da obrigação alimentar) e permitido pelo texto constitucional brasileiro, que prevê,

em seu art. 5º, inc. LXVII, além da obrigação alimentar a hipótese do depositário infiel. (STF. *Habeas Corpus* 73.044/SP. 20/09/1996).

De forma tímida, o STF se manifestou a respeito do controle de convencionalidade no conflito entre tratados e normas internas, voto do Min. Sepúlveda Pertence (em 29 de março de 2000, no RHC 79.785/RJ), no referido RHC decidiu ser possível considerar os tratados de direitos humanos como documentos de caráter supralegal (MAZZUOLI, 2013).

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos tornou-se preciso com o Voto-vista do Min. Gilmar Mendes (em 22 de novembro de 2006, no julgamento do RE 466.343-1/SP), cuja celeuma era a prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia. A tese levantada na decisão foi no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos tinham um nível hierárquico intermediário.

O Min. Celso de Mello acatou essa tese no voto do HC 87.585-8/TO, em que confirmou o valor constitucional dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Independente dos termos previstos no § 3º, art. 5º, da Constituição. O Min Celso proferiu seu voto reconhecendo a necessidade de “diálogo” entre as fontes internas e internacionais, a fim de solucionar a questão antinômica (tratados e a lei interna) (MAZZUOLI, 2013, p. 157).

No voto, o Min. Celso de Mello deixa claro seu novo entendimento, revogando sua orientação anterior, que atribuía aos tratados de direitos humanos status de lei ordinária, passando aceitar, a tese do “diálogo das fontes” e a aplicação do princípio *pro homine*. No voto, o Min. aplicou o controle de convencionalidade afastando as leis que determinam prisão civil de depositário infiel em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (MAZZUOLI, 2013, p. 158).

O CEJIL e outros *amicus curiae* trouxeram, também, ao debate os tratados dos quais o Brasil é parte e que contribuem para análise do presente caso; são eles: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Convenção Interamericana para Prevenir a Tortura e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (MATION, 2013, p. 106).

Ao lado disso, o CEJIL sustentou seu pedido no direito à verdade, que em síntese “é um direito exercido não só pelas vítimas e por seus

familiares, como também por toda sociedade". E, ainda, apresentou a forma como a ONU e a OEA vem interpretando esse direito, no sentido de que: "os organismos internacionais têm defendido que a verdade deve ser restabelecida por meio de processos judiciais, o que muitas vezes tem sido impedido por medidas legislativas de âmbito interno, como leis de anistia" (MATION, 2013, p. 107).

Julgada em 28 de abril de 2010, a ADPF nº 153, foi julgada improcedente por sete votos a dois.

De acordo com o relator, o ministro Eros Grau, cujo voto foi vencedor, deveria ser dada interpretação conforme a Constituição brasileira ao §1º do art. 1º da Lei de Anistia e a não recepção nos termos originários dessa lei pela Constituição de 1988 (MATION, 2013).

Os ministros Eros Grau e Carmen Lúcia usaram como linha de argumentação a análise da lei a partir do seu contexto histórico, somado a intenção legislativa à época. O Ministro Eros Grau sustenta que existiu acordo político, que se fazia necessário, isso porque aduz, "era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia ou, em alguns casos, nem mesmo viver" (MATION, 2013, p. 113).

O relator segue afirmando que a expressão "crimes conexos" do texto da Lei de Anistia apresenta um sentido *sui generis*, portanto, sem equivalência ao sentido adotado pela doutrina do direito penal. A Ministra Carmen Lúcia reconheceu a ausência de dúvida sobre "a não conexão técnica formal dos crimes de tortura com qualquer outro crime, menos ainda de natureza política" (MATION, 2013, p. 113).

Ainda segundo o voto do Ministro Eros Grau, a mudança da Lei de Anistia, com o propósito de repercutir na sociedade, só poderia ser feita pelo Poder Legislativo (MATION, 2013).

O ministro Marco Aurélio, em seu voto, entendeu que inexistiam resultados concretos da eventual procedência da ação, por inferir que os crimes estão prescritos, na esfera penal e criminal. Continuou afirmando que "anistia é o apagamento do passado em termos de glosa e responsabilidade de quem haja claudicado na arte de proceder" (MATION, 2013, p. 117), ademais, entendeu que é virada de página definitiva, é perdão em sentido maior. Esse argumento foi acompanhado pelo Ministro Celso de Mello, que sustentou que mesmo se o pedido do Conselho Federal da OAB fosse acolhido havia sido extinta a pretensão punitiva do Estado.

O Ministro Ayres Britto manifestou seu voto pela procedência parcial da ação, de modo que desconsiderou da sua análise o contexto histórico da Lei em tela, tendo se posicionado da seguinte forma: “o que interessa é a vontade objetiva da lei, não é a vontade subjetiva do legislador”, continuou dizendo que os agentes estatais que praticaram os crimes em análise tiveram dupla violação, qual seja, “legalidade democrática de 1946, como (a) própria legalidade autoritária do regime militar”. Entendeu, ainda que o “centro de referibilidade” da norma estampada no §1º do art. 1º da Lei de Anistia trata de crime político, que “a priori, excluiria todo tipo de crime de sangue com resultado morte” (MATION, 2013, p. 121-122).

E já caminhando para o final, observa-se que o tratamento dispensado pelos ministros às normas de direito internacional, no julgamento da ADPF nº 153, foi bastante escasso. De maneira que em poucas palavras podemos resumir uma série de questões que afasta sua aplicação. Então vejamos, aduzem que os tratados internacionais passaram a vigorar no ordenamento brasileiro depois da Lei de Anistia e dos crimes em análise, ou, ainda, não foram ratificados pelo ordenamento brasileiro. Aduzem, também, que o Brasil só responde pelos fatos ocorridos após a sua submissão à Corte, o direito à verdade não foi contaminado pela Lei de Anistia e, no mais, que essa lei não abarca os crimes contra a humanidade (MATION, 2013).

2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é de suma importância para as Américas, fato este que só foi possível por meio da implantação de algumas estratégias que possibilitaram a proteção e promoção dos direitos humanos, quais sejam: criação de um quadro normativo vinculativo para os Estados, criação dos organismos e, ainda, a formulação de procedimentos específicos. Assim, dentro dessa ideia serão apresentados os elementos mais importantes que compõem o alicerce do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (OSPINA; VILLAREAL, 2013).

Num recorte temporal, embora recorrentemente faça referência a épocas anteriores, iniciaremos sua abordagem a partir de 1948, época em que entrou em vigor o Sistema Interamericano tal como sistema de proteção de direitos humanos, posto que foi adotada a Carta da Organização dos Estados Americanos, o Tratado Americano de Soluções Pacíficas (Pacto de Bogotá) e a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem (DADH ou Declaração Americana) (OSPINA; VILLAREAL, 2013, p. 146).

Ressalta-se a importância da DADH adotada também com a Carta da OEA, e foi considerada um instrumento relevante para a criação de órgão de proteção dos direitos humanos, inaugurando, portanto, a importância da proteção internacional dos direitos humanos nos Estados Americanos (OSPIÑA; VILLAREAL, 2013).

A DADH não foi ratificada como convenção com efeitos vinculantes para os Estados, contudo foi celebrada, como uma declaração com o propósito bem definido, na medida em que estabelecia os meios para robustecer a responsabilidade quanto aos direitos e liberdades individuais e sociais dos Estados (OSPIÑA; VILLAREAL, 2013).

Sobre o período sangrento que caracterizou a ditadura militar e terminou por um forte movimento de redemocratização do Brasil, entretanto, permaneceu a ferida sem cicatrização, o que foi agravado pela ausência de responsabilização pelas atrocidades cometidas pelos militares e outros que compunham o grupo, incluindo médicos legistas (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

A omissão do Estado em investigar e punir os culpados, inclusive do massacre do Araguaia, perpassou por anos; nesse período muitas ações foram propostas e muitas foram arquivadas, sem respostas, inclusive os familiares até o presente momento não receberam notícia acerca do paradeiro dos corpos, nem, tão pouco, notícia das circunstâncias dos desaparecimentos e da localização dos restos mortais. Essas razões, agravadas pela inércia do Estado na investigação dos responsáveis, levaram os familiares à Corte Interamericana de Direitos Humanos (OSPIÑA; VILLAREAL, 2013).

No caso, a Comissão, em meados de 2009, apresentou à Corte uma demanda em face do Brasil, que foi resultado da petição apresentada, ainda em 1995, pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejil) e pela *Human Rights Watch/Americas*, em favor de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha e de seus familiares (OSPIÑA; VILLAREAL, 2013).

A Comissão consignou o Relatório de Admissibilidade 33/2001, reconhecendo a admissão do Caso nº 11.552 que mais tarde ficou conhecido como caso *Gomes Lund v. Brasil* e, ainda, deferiu o Relatório de Mérito 91/2008, que resultou na responsabilização do Estado pelas violações dos direitos humanos das vítimas desaparecidas e de seus familiares, assim como da aplicação da Lei de Anistia e da ineficácia das ações judiciais não penais, determinando recomendações (OSPIÑA; VILLAREAL, 2013).

O relatório concedeu ao Brasil um prazo de dois meses, no qual deveria apresentar as informações acerca das medidas executadas para implementação das recomendações da Comissão. Passado o prazo referido, assim como as duas prorrogações outorgadas ao Estado, as informações foram consideradas sem “implementação satisfatória” sobre o cumprimento das recomendações (OSPINA; VILLAREAL, 2013).

Por essa razão, a Comissão resolveu levar o caso à jurisdição da Corte, por entender que seria uma boa oportunidade para consolidar a jurisprudência interamericana acerca da Lei de Anistia, afirmando sua incompatibilidade, tal como as leis sobre sigilo de documentos, com a Convenção e, ainda, pelo caso tratar de valor histórico (OSPINA; VILLAREAL, 2013).

Dada às alegações, a Comissão manifestou-se favoravelmente a condenação do Brasil, de modo que solicitou ao Tribunal que reconheça a responsabilidade pela violação dos seguintes direitos: Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal, garantias judiciais, liberdade de pensamento e expressão, proteção judicial, obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos e dever de adotar disposições de direito interno e, por fim, solicitou a Corte que determine ao Brasil a adoção de medidas de reparação (MAILLART; SANCHES, 2012).

Os “representantes” (Grupo de Tortura Nunca Mais do RJ, Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e o Cejil) das vítimas apresentaram “escritos de solicitações e argumentos”. Nesses escritos, pleitearam à Corte a seguinte declaração: “em relação ao desaparecimento forçado das supostas vítimas [...] e à total impunidade referente aos fatos”, a responsabilidade internacional do Estado brasileiro e, adoção de medidas de reparação (MAILLART; SANCHES, 2012, p. 466-467).

O Brasil, em sua defesa, arguiu três exceções preliminares, quais sejam: (i) a incompetência *ratione temporis*; (ii) ausência de esgotamento dos recursos internos e, (iii) o arquivamento pela falta de interesse processual dos representantes. No mérito, o Brasil solicitou à Corte que aceitasse “todas as ações empreendidas no âmbito interno” e, por fim, “[julgasse] improcedente os pedidos da Comissão e dos representantes [das vítimas], isso em razão de o país estar construindo um resultado adequado com sua singularidade, para fortalecer de forma conclusiva a reconciliação nacional” (MAILLART; SANCHES, 2012, p. 467).

O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, de modo que estabeleceu que apenas respondesse pelos crimes cometidos a partir de 1998, época em que aderiu à jurisdição da Corte desse sistema regional de proteção. Ocorre que esse argumento não foi aceito pela Corte, a qual entendeu que era competente para julgar o caso da “Guerrilha do Araguaia”, por se tratar de crime permanente e, por ter os corpos desaparecidos em 1972, até o presente momento não terem sido encontrados (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

Nesse cenário, observa-se que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacional são ferramentas que consagram o entendimento segundo o qual o direito interno não deve obstaculizar o cumprimento, pelo Estado, das obrigações inalienáveis de punir os crimes de lesa-humanidade. Eis que são crimes intransponíveis a pessoa agredida, as memórias e as gerações de toda a humanidade (MAILLART; SANCHES, 2012).

A Corte se debruçou sobre o caso e prolatou a sentença, em 24 de novembro de 2010, condenando o Brasil no caso *Julia Gomes Lund e outros v. Brasil*, que trata “Guerrilha do Araguaia” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Na sentença, a Corte reconhece a importância histórica e enfrenta questões de importância ímpar para o Direito Internacional. Na decisão reconhece que não é competente para julgar a execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, que teve seus restos mortais encontrados em 1996, entretanto, reconheceu sua competência para julgar os desaparecimentos forçados, por entender que trata de crime permanente que se iniciou com a privação da liberdade da pessoa, sem informação, e permanece sem informação do seu paradeiro (MAILLART; SANCHES, 2012).

A Corte, também, reconheceu sua competência para julgar os supostos fatos e omissões do Estado, relativos à ausência de investigação, julgamento e responsabilização das pessoas envolvidas no desaparecimento forçado e execução extrajudicial e, soma a isso, a restrições ao direito de acesso à informação e o sofrimento dos familiares (MAILLART; SANCHES, 2012).

A sentença da Corte estabeleceu ao Estado brasileiro a seguinte condenação: indenização aos familiares das vítimas, localização do paradeiro de todos os corpos, punição aos responsáveis, atendimento médico e psicológico a todos os familiares, construção de monumentos simbólicos que homenageiem as vítimas, designando um dia como “o dia do desaparecimento político” para ficar na lembrança de todos os desaparecidos, e, principalmente, declare

que a Lei da Anistia é incompatível com a Convenção Americana. Esta sentença impôs um resgate público da história do povo brasileiro (ALGAYER; NOSCHANG, 2012, p. 223).

A Corte entendeu que a Lei da Anistia impediu que o Estado brasileiro realizasse investigação eficaz, de modo a condenar os responsáveis pelo massacre (ALGAYER; NOSCHANG, 2012).

3 O CUMPRIMENTO DA CONDENAÇÃO DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELO BRASIL

O Brasil, no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, ainda não foi diligenciado pela Corte, no que tange ao cumprimento da sentença, tendo apresentado o seu relatório de cumprimento em 14 de dezembro de 2011 (PEREIRA, 2013).

No supracitado relatório, o Brasil emitiu várias informações à Corte, referente ao cumprimento das determinações impostas pela sentença, sendo destacadas neste trabalho as questões de maior importância para análise (PEREIRA, 2013).

O relatório é inaugurado com a criação da Comissão Nacional da Verdade (Lei 12.528/2011-Anexo I), que embora não faça parte do rol das medidas determinadas na sentença proferida pela Corte, teve sua importância reconhecida no cumprimento da obrigação do Estado de garantir o direito à verdade sobre as violações analisadas no caso. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 4).

Quanto ao direito à justiça, a medida 1 (um) do relatório, trata do cumprimento pelo Brasil da persecução penal contida na sentença da Corte. A Corte determinou:

O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecerlos, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 7).

No que se refere à obrigação de investigar e sancionar os responsáveis, o Brasil garantiu que o Ministério Público e, igualmente, familiares das vítimas, ajuizassem várias demandas em face de agentes estatais que

praticaram crimes durante a ditadura militar, objetivando a sua punição nas esferas civil e administrativa, com a finalidade de ressarcimento de custos ao erário, o pagamento de indenizações e a perda de cargo público ou cassação de aposentadoria. No entanto, as informações prestadas pelo Estado não se referem à Guerrilha do Araguaia (PEREIRA, 2013, p. 341).

Sem embargo, no que tange à investigação e sanção dos responsáveis do caso supra, em 29 de agosto de 2012, o MPF apresentou uma denúncia no juízo da 2^a Vara Federal Criminal de Marabá, em face do Coronel da Reserva Sebastião Curió Rodrigues de Moura e o Major da Reserva Lício Augusto Maciel (PEREIRA, 2013).

A tropa de repressão à guerrilha foi dirigida pelo Coronel Curió, o qual foi apontado como sequestrador de Maria Célia Corrêa, Hélio Luiz Navarro Magalhães, Daniel Ribeiro Callado, Antônio de Pádua Costa e Telma Regina Cordeira Corrêa. Enquanto que o Major Lício foi acusado pelo sequestro de Divino Ferreira de Souza (PEREIRA, 2013).

Em sua defesa, o Brasil sustenta que tem se empenhado a fim de lidar com as violações perpetradas durante o regime militar e que as ações referidas caminham na direção das importantes teses dos sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos e, também, sustenta que sua intenção é de cumprir a sentença de forma adequada (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 14).

A medida 4 (quatro) do relatório, apresenta o cumprimento das publicações da sentença pelo Brasil. A Corte disse: “O Estado deve realizar as publicações ordenadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 273 da presente Sentença” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 31).

No que diz respeito à publicação da sentença, em 15 de junho de 2011, foi divulgada nos seguintes meios de publicação, quais sejam, Diário Oficial da União, sites da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e do Centro de Documentação Virtual. Enquanto o resumo oficial da sentença foi publicado em 15 de junho de 2011 no jornal “O Globo” (PEREIRA, 2013, p. 341).

Dessa forma, o Estado realizou o cumprimento da medida, dando ampla publicidade do ocorrido, em respeito ao direito à memória, bem como permite o acesso ao documento para futuras pesquisas Sentença (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 32).

A medida 6 (seis) do relatório, também, prevê o cumprimento do programa de direitos humanos nas Forças Armadas. Nesse sentido, a Corte declarou:

O Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 283 da presente Sentença (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 33).

Assim, o Brasil parece que assumiu esse compromisso, através da criação, pelo Ministério da Defesa de um curso de direitos humanos para as Forças Armadas, com previsão de início previsto para 2012. A estrutura do curso contemplará os seguintes programas:

(i) Módulo I – Diretrizes da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA), jurisprudências da Corte Interamericana, acordos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário sobre o referido assunto e 33 sentenças exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de novembro de 2010, no julgamento do caso “Guerrilha do Araguaia”; (ii) Módulo II – Apresentação da legislação brasileira sobre direitos humanos, no arcabouço jurídico nacional, suas regulamentações e abrangências; inclusive o PNDH-3; (iii) Módulo III – Noções gerais de direito internacional dos conflitos armados (DICA) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 34).

Na medida 7 (sete) do relatório, o Brasil levou ao conhecimento da Corte o cumprimento da tipificação do crime de desaparecimento forçado, determinação imposta pela sentença. A Corte fala:

O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos estabelecidos no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 34).

No que tange a tipificação do crime de desaparecimento forçado, o Brasil apresentou o Projeto de Lei nº 4.038 de 2008 e o Projeto de Lei nº 245 de 2011. O primeiro tipifica o desaparecimento forçado de pessoas como crime contra a humanidade, enquanto que o Projeto de Lei nº 245 de 2011 objetiva introduzir o art. 149-A no Código Penal Brasileiro tipificando o crime de desaparecimento forçado de pessoas como violação aos direitos humanos em geral (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

A medida 8 (oito) do relatório cuida dos documentos e informações, o Estado apresenta a forma como vem cumprindo essa medida. A Corte declara:

Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da 35 informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 34-35).

O Brasil, também, aprovou a Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei nº 12.527, de 2011), de modo a impor a todos os órgãos do Estado, em todos os níveis, a obrigação de facilitar informações a todo cidadão; com essa previsão o Estado Brasileiro cumpre com a obrigação de continuar a desenvolver medidas de busca, sistematização e publicação de informações relacionadas à Guerrilha do Araguaia. A lei de acesso à informação é um marco por permitir ampla transparência ao governo, estabelece sua competência em dar publicidade as informações, de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão e de forma acessível a pessoas com deficiência e, ainda, prevê a proibição de qualquer forma de restrição a documentos e informações sobre questões afetas a violação de direitos humanos por quaisquer agentes do governo (PEREIRA, 2013).

Para reforçar a comunicação, será criado o Serviço de Informação ao Cidadão, como canal facilitador do atendimento, orientação e para receber pedidos de acesso à informação do público.

A indenização tratada na medida 9 (nove) do relatório estabelece a forma pela qual o Brasil vem efetivando a decisão da Corte. A Corte assevera:

O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 311 e 318 da presente Sentença, a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos, nos termos dos

parágrafos 302 a 305, 309 a 312 e 316 a 324 desta decisão (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 39).

Quanto ao pagamento das indenizações, a Corte determinou que 71 familiares serão contemplados pelo recebimento de indenização relativo ao dano material e dano imaterial, tal lista prevista no § 251, além de custas e gastos para as organizações representantes dos familiares indicadas no § 318 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS, 2010).

No que se refere ao pagamento das indenizações, a Corte decidiu que os familiares falecidos antes de 10 de dezembro de 1998 não são beneficiários da indenização, assim, foram solicitadas informações aos representantes das vítimas quanto à data de óbito de 38 familiares relacionados na sentença. “A partir dos dados apresentados e apurados, o Estado reconheceu mais cinco familiares” (PEREIRA, 2013, p. 341).

O Brasil anunciou que vem programando o pagamento das indenizações aos familiares, daqueles que comunicaram sua conta bancária, contudo, sem notícia do decreto que autoriza o pagamento dessas indenizações.

Em suma, destaca-se, que a decisão proferida pela Corte Interamericana no caso *Gomes Lund vs. Brasil* é de observância obrigatória pelo Brasil, por ter assinado a Convenção, reconhecido a competência da Corte e sua jurisdição contenciosa não foi denunciada pelo Brasil (PEREIRA, 2013).

4 CONCLUSÃO

Em oposição à ditadura militar, muitos movimentos representaram uma verdadeira resistência à censura ou à violência, e por isso, foram massacrados, tal como ocorreu com a guerrilha do Araguaia.

Eis que surge, com o fim desse regime ditatorial, a Lei da Anistia, que anistiou, de forma indireta, os militares por crimes como, por exemplo, de sequestro, tortura, homicídio e de ocultação de cadáveres, embora tenha sido divulgada a ideia de que essa lei teria anistiado apenas os opositores do governo que haviam sido exilados ou presos.

Questionado por meio da ADPF nº 153 acerca da recepção da Lei de Anistia pela ordem constitucional democrática, o Supremo Tribunal Federal, em 2010, entendeu por dar a essa lei uma interpretação conforme

a Constituição de 1988, ou seja, admitindo a recepção da anistia sob o fundamento de que os eventuais crimes cometidos na época, seja qual lado da trincheira, haviam prescrito, e que não podiam dar cabo ao histórico acordo pela paz, o qual cobrou o preço da anistia.

Contrariamente a esse entendimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cuja jurisdição o Brasil se submeteu em 1998, ao julgar o *caso Gomes Lund vs. Brasil*, rejeitou os argumentos dos crimes praticados pelos militares durante a ditadura no país, como aqueles contra a guerrilha do Araguaia, mesmo que em época anterior à submissão do país a sua jurisdição, tratava-se de violação de direitos humanos, e na medida em que os entendeu como crimes contra a humanidade, haveria então a imprescritibilidade. Além disso, em razão do não reconhecimento do Brasil sobre esses crimes, e a ausência de medidas que visassem, por exemplo, localizar os corpos dos desaparecidos ou punir os culpados, fazia desses crimes perenes.

O Brasil, mesmo com uma decisão em sentido contrário do Supremo Tribunal Federal, vem tentando cumprir a condenação prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, exceto a punição dos militares, na medida em que a Lei da Anistia foi recepcionada pela Constituição de 1988. Ou seja, trata-se de um cumprimento parcial.

O presente artigo levantou que as medidas que visam o cumprimento da condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos que vêm sendo cumpridas pelo Brasil.

Portanto, a decisão que reconheceu a constitucionalidade da Lei da Anistia representa, no atual contexto, um retrocesso em relação aos avanços que o Brasil vem conquistando na área dos direitos humanos. A decisão reflete uma carga política que acabou favorecendo o resultado do julgamento. Espera-se que a nova ordem mundial possa contribuir com decisões mais preocupadas com os direitos humanos, onde prevaleça o princípio *pro homine, assim como o Diálogo das Cortes*.

Por fim, em que pese o cumprimento parcial da decisão da Corte pelo Brasil, o sentimento de impunidade advindo da Lei da Anistia foi negado pela decisão do Supremo Tribunal Federal, de maneira que essa impunidade acaba por reforçar a continuidade do desrespeito aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALGAYER, Kelin Kássia; NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: considerações e condenações. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 13, n. 2, p. 211-226, jul./dez. 2012.

BRASIL. Ministério Públíco Federal. Caso Julia Gomes Lund e outros relatórios 2011. Ministério Públíco Federal: 2ª Câmara de coordenação e revisão criminal e controle externo da atividade policial. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros. (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2011.

DOSSIÊ DOS MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS a partir de 1964. *Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos*. Instituto de Estudo da Violência do Estado – IEVE, Grupo Tortura Nunca Mais - RJ e PE. CEPE – Companhia Editora de Pernambuco, Governo do Estado de Pernambuco, 1995.

FIUZA, Nathália; AVILA, Caroline Dimuro Bender D. O confronto judicial entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: estudo do caso Gomes Lund e Outros (“guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil e Estudo da ADPF nº 153. *Revista Científica do Curso de Direito. Direito, Cultura e Cidadania*, Osório, v. 5, n. 1, 2015.

MAILLART, Adriana Silva; SANCHES, Samyra Dal Farra Naspolini. A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros – Guerrilha do Araguaia. *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, n. 2, 2012.

MATION, Gisele Ferreira. *Direito Internacional na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OSPINAS, Felipe Arias; VILLAREAL, Juliana Galindo. El sistema interamericano de derechos humanos. Protección Multinivel de Derechos Humanos. *Manual – dhes. Red de Derechos Humanos y Educación Superior*. 2013.

PEREIRA, Taís Mariana Lima. O cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law - EJJL*, Chapecó, v. 14, n. 2, p. 15-348, jul./dez. 2013.

RECEBIDO EM: 13/07/2017
APROVADO EM: 16/10/2017

ESCOLHA DO CURADOR NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LEI 13.146/2015: OS LIMITES DA PARTICIPAÇÃO DO CURATELADO COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

***CHOICE OF CURATOR AT THE STATUS OF THE PERSON WITH
DISABILITIES – 13.146/2015 LAW: THE LIMITS OF CURATED WITH
INTELLECTUAL DISABILITIES PARTICIPATION***

*Suzy Anny Martins Carvalho
Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR.
Professora de cursos de graduação com atuação nas áreas do Direito Civil, Direito
Constitucional, Direitos Humanos e Biodireito. É professora do Curso de Direito do
Centro Universitário Christus - Unichristus, onde leciona disciplinas nas áreas da
Metodologia da Pesquisa e Ética. Possui pós-graduação em Psicomotricidade pela
Universidade de Fortaleza - UNIFOR (1992)*

*Carolina Vasques Sampaio
Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de
Fortaleza- Unifor (2017). Especialista em Direito e Processo Constitucional pela
Universidade de Fortaleza - Unifor (2015). Membro do Grupo de pesquisa Direito
Constitucional nas Relações Privadas. Membro do Grupo de pesquisa Estado,
Política e Constituição. Pesquisadora na área de Direito Civil-Constitucional.*

SUMÁRIO: introdução; 1 A pessoa com deficiência intelectual e a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015; 2 o instituto da curatela frente ao Código Civil de 2002 e a Lei 13.146/15; 3 Os limites da curatela e direito do curatelado de escolher o seu curador; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo tratar do instituto da curatela, apontando os seus limites e a necessidade de ser valorizada a autonomia da pessoa com deficiência interditada. A pessoa com deficiência já há muito tempo sofre com a discriminação, pois foi considerada por longa data um objeto, sem direito a uma vida digna e muito menos o respeito de sua vontade. Em relação à pessoa com deficiência intelectual, essa condição se torna mais grave, pois não apresenta o discernimento apropriado para resolver os problemas do seu dia a dia, fato esse que o faz precisar de alguém que possa ajudá-lo ou até mesmo decidir por ele em alguns momentos que necessitem de uma maior condição de discernimento. Nesses casos, surge a figura do curador, que será o representante de suas vontades. O problema em questão é até que ponto o curador poderá decidir pelo seu curatelado sem ferir a sua dignidade. Para a realização deste trabalho, utilizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com Deficiência Intelectual. Curatela. Autonomia. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: The purpose of this article is to deal with the institute of curatorship, pointing out its limits and the need to value the autonomy of the disabled person with a disability. The person with a disability has for a long time been discriminated against, since it has long been considered an object, without the right to a dignified life, much less respect for his will. In relation to the person with intellectual disability, this condition becomes more serious, because it does not present the appropriate discernment to solve the problems of his daily life, which makes him need someone who can help him or even decide for him in some moments that need a greater condition of discernment. In such cases, the figure of the healer appears, who will be the representative of his wills. The problem in question is to what extent the curator may decide for his curate without harming his dignity. For the accomplishment of this work, a bibliographical and documentary research was used.

KEYWORDS: Intellectual Disabled Person . Curatorship . Autonomy. Dignity of Human Person.

INTRODUÇÃO

A pessoa com deficiência, ao longo da história da humanidade, sofre com a discriminação de boa parte da sociedade. Passou por épocas em que até o seu direito à vida lhe era ceifado. Ao nascer, seu destino era a morte ou, em melhor dos casos, o abandono. Por muito tempo, foi considerada simplesmente como um objeto, sem direito e sem dignidade. Só a partir da era cristã é que foi considerada pessoa e tratada com um esboço de dignidade, mas até hoje sofre com as barreiras que a excluem da sociedade. Em relação à pessoa com deficiência intelectual, essa condição se torna ainda mais grave, pois não apresenta o discernimento suficiente para resolver os problemas do seu dia a dia, e se torna um ser dependente do auxílio de outros. São pessoas que não apresentam o desenvolvimento intelectual compatível com a sua idade cronológica, e desta feita, não apresentam condições de um raciocínio para tomar certas decisões necessárias para a manutenção de sua vida.

Para facilitar a vida dessas pessoas e proporcionar a igualdade, a legislação vigente autoriza o uso do instituto da curatela, que funciona como forma de auxiliar aquele que não apresente condições necessárias para lidar com sua capacidade plena, oferecendo um terceiro que possa ajudá-lo em algumas situações em que precise tomar certas decisões.

Ocorre que a pessoa com deficiência, antes de tudo, é um ser humano, uma pessoa, e, como tal, tem seus direitos e sua dignidade que precisam ser preservados. Não há de se falar em dignidade quando não se der à pessoa a oportunidade de manifestar a sua vontade. Desta forma, o instituto da curatela deverá ser muito bem pensado, para que possa, mesmo no caso da pessoa que não possui discernimento, preservar e fazer valer a vontade do curatelado. E que este tenha o direito de opinar sobre a escolha daquele que irá lhe representar nas suas decisões.

O trabalho foi desenvolvido com a realização de uma pesquisa bibliográfica, fazendo uso de bibliografia pertinente ao assunto e de artigos de estudiosos do tema. Lançou-se mão, também, de uma pesquisa documental, ao se analisar a Lei 13.146/15 e as demais legislações pertinentes à matéria.

O trabalho foi estruturado em três tópicos, de forma que o primeiro tópico procura definir o que seja pessoa com deficiência e a diferença em relação à pessoa com deficiência intelectual, que é o objeto desse estudo. Fez-se uma breve abordagem histórica e também procurou-se mostrar as inovações da Lei 13.146/15 e o seu objetivo de garantir a igualdade entre todos.

No segundo tópico tratou-se do instituto da curatela, do seu conceito e das mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O terceiro e último tópico procura demonstrar como curatela deve ser feita para não afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana.

O objetivo desse trabalho é mostrar que realmente existe a necessidade do instituto da curatela para a pessoa com deficiência intelectual, porém a mesma deverá ser realizada de forma a garantir a dignidade da pessoa humana. Desta feita, deve-se demonstrar a necessidade de limitar a curatela a questões patrimoniais que possam colocar a vida do curatelado e de sua família em risco, deixando as questões existenciais de fora do tal instituto. Além do mais, demonstrar que, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, a vontade do interditado deverá ser acatada sempre que possível. Também se ressalta a necessidade da participação da pessoa com deficiência intelectual na escolha de seu curador, pois, apesar da falta de discernimento, e muitas vezes até sem condições de se expressar, deve ter o direito de manifestar a sua vontade, assim como o menor tem o direito de manifestar a sua vontade em certas ações que versem sobre o seu destino.

1 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E A LEI N° 13.146 DE 06 DE JULHO DE 2015

As pessoas com deficiência, durante muitos anos, foram excluídas do contexto social. Chegaram a sofrer graves discriminações e até mesmo serem privadas da própria vida. Segundo Garcia (2010, p. 9), “As pessoas com deficiência, via de regra, receberam dois tipos de tratamento quando se observam a História Antiga e a Medieval: a rejeição e eliminação sumária, de um lado, e a proteção assistencialista e piedosa, do outro”.

Em pleno século XXI, pode-se observar que o preconceito ainda é um fato marcante em toda a humanidade. Pessoas com deficiência sofrem discriminação a todo o momento. Porém, alguma evolução já se percebe, pois a pessoa com deficiência passa a ser vista como um ser humano, e não como um mero objeto. A tendência que se tinha, de tratá-los como doentes, está sendo mudada, e já se tem uma visão mais humanista sobre o assunto. Atualmente, a deficiência deve ser tratada muito mais como uma barreira social do que mesmo como uma questão de saúde. A sociedade deve favorecer a inclusão da pessoa com deficiência, eliminando suas barreiras e tratando-a com respeito a sua dignidade como pessoa humana.

É verdade que, até nos dias de hoje, existem exemplos de discriminação e/ou maus-tratos, mas o amadurecimento das civilizações e o avanço dos temas ligados à cidadania e aos direitos humanos provocaram, sem dúvida, um novo olhar em relação às pessoas com deficiência (GARCIA, 2010, p. 22).

Foi por meio desse longo processo de lutas e conscientizações que surgiu a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, fato que veio a modificar o comportamento da sociedade frente à pessoa com deficiência.

A citada Convenção foi algo de grande importância para a vida dessas pessoas, pois marcou um momento de lutas e reconhecimento de direitos. Como salienta Garcia (2015):

Este movimento culmina 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 do paulatino fortalecimento deste grupo populacional, que sobreviveu e passou a exigir direitos civis, políticos, sociais e econômicos.

A Convenção foi o primeiro tratado de direitos humanos a ser aprovado pelo Congresso Nacional com *status* de norma constitucional, por meio do Decreto nº 6.949 de 2009, pelo procedimento legislativo disposto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, o que a tornou com o status equivalente à emenda constitucional (SOUZA, 2013, p. 14).

Porém, a luta continua, e como fruto dessa Convenção, o Brasil tornou real o tão sonhado Estatuto da Pessoa com Deficiência ao promulgar, no dia 06 de julho de 2015, a Lei nº 13.146 (BRASIL, Lei 13.146/2015), que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

A partir do mês de janeiro de 2016, quando a Lei entrou em vigor, as pessoas com deficiência adquiriram uma nova perspectiva. A Lei tem como principal objetivo garantir a sua dignidade. Assim, passaram a ter os mesmos direitos garantidos a qualquer pessoa, ou melhor, passaram a ser considerados como sujeitos de direitos e de vontades. Desta feita, eles passam a ter o direito de desejar e fazer valer a sua vontade. “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 idiossincrasias" (PEREIRA, 2015).

A nova Lei traz em seu bojo, além de uma nova definição de pessoa com deficiência¹ muito mais voltada para uma questão social do que médica, algumas alterações na legislação já em vigor, que interferirão na vida da pessoa com deficiência e na sociedade de forma drástica e bastante delicada. Desta feita, visa modificar a percepção da sociedade frente à pessoa com deficiência de modo a incluí-la, facilitando suas condições de agir, para que possa garantir uma posição de igualdade no meio social.

Para proporcionar essa qualidade de um ser humano dotado de direitos e de vontades, isto é, um ser igual aos outros, uma das mais consideráveis alterações pode ser vista no âmbito de sua capacidade civil. Como salienta Menezes (2015, p. 5), referindo-se ainda à Convenção:

[...] o principal contributo da convenção está exatamente no reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais, como pressupostos de sua dignidade e de sua participação na vida social, familiar e política.

A proposta do Estatuto é justamente mostrar para a sociedade que a pessoa com deficiência não deve ser tratada com desvantagem frente aos demais. Não se pode fazer diferença, discriminá-la ou privá-la de nenhuma oportunidade, conforme o seu art.4º² Ao adotar a capacidade plena, trazida em seu artigo 6,³ não se pode mais fazer diferença entre as pessoas com ou sem deficiência, e muito menos deixar de considerar a sua vontade.

Conforme estabelecido na Lei 13.146/2015, a partir de janeiro de 2016 a pessoa com deficiência passou a ser dotada de capacidade civil plena, qualquer que seja a sua deficiência ou o grau de comprometimento. Desde então ela poderá exercer qualquer ato da vida civil de forma plena e conforme a sua vontade.

1 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 13.146/2015).

2 Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. (BRASIL, Lei 13.146/2015).

3 Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa [...]. (BRASIL, Lei 13.146/2015).

Porém, é sabido que, a depender do tipo ou grau de comprometimento da deficiência, a pessoa pode se encontrar incapaz de realizar certas atividades e até mesmo de exprimir sua vontade de forma comprehensível a todos. Assim, nem sempre a pessoa se encontra em condições de praticar atos da vida civil sozinha. Nesses casos, necessita do auxílio de outra pessoa que a conheça e tenha condições de expressar a sua vontade da melhor forma possível em prol dos seus interesses.

A pessoa com deficiência intelectual apresenta certas dificuldades cognitivas que podem interferir no seu discernimento para tomada de certas decisões do seu dia a dia. Muitas dessas decisões envolvem questões patrimoniais que podem repercutir negativamente em sua subsistência e na de sua família.

Gurgel *et all* (2015) salienta:

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.

A deficiência pode se manifestar em diferentes funções do ser humano: física, sensorial e mental. O tipo de deficiência vai depender de qual dessas funções encontra-se afetada ou prejudicada. Quando a função comprometida estiver interferindo na capacidade de raciocínio da pessoa, isto é, em sua função cognitiva, o indivíduo apresentará uma deficiência intelectual.

Segundo Araújo (2011, edição eletrônica), tem-se a definição de deficiência intelectual como:

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.

Salienta-se que a palavra deficiência é adotada em um sentido genérico, que envolve de forma generalizada a limitação do ser humano em realizar determinadas funções, sendo a deficiência mental, ou também denominada de deficiência intelectual⁴ uma situação específica de deficiência. Ainda deve-se diferenciá-la da doença mental que seriam aqueles que apresentam algum dos transtornos psiquiátricos, como as neuroses e psicoses.

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)

Segundo Carvalho e Maciel (2003, edição eletrônica), a deficiência mental é entendida como uma categoria da deficiência: “a deficiência mental está inserida em sistemas categoriais há séculos, figurando como demência e comprometimento permanente da racionalidade e do controle comportamental.”

O Decreto n. 5.296/2004 especificou, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, inciso I, alínea d, o que poderá ser considerado como deficiência mental ou intelectual. 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; e) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde

⁴ Hoje, utiliza-se o termo deficiência intelectual. Em relação à mudança do termo mental por intelectual, veja o que diz Chantal Belo et al (2017, online): “Quanto à designação ‘intelectual’ em vez de ‘mental’, há muito que esta questão se aborda, uma vez que a avaliação realizada é, de facto, sobre factores intelectuais, ou seja, factores verbal, numérico, espacial, etc., subjacentes ao constructo do funcionamento da inteligência que é mais analítico que o da mente ou mental, que é mais global.”

e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; [...] (BRASIL, Decreto n. 5.296/2004, art. 5º)

Assim, tem-se como pessoa com deficiência intelectual aquela cuja capacidade cognitiva não consegue se desenvolver o suficiente para acompanhar o seu desenvolvimento biológico, isto é, sua idade de desenvolvimento intelectual não será compatível com a sua idade cronológica. Esse déficit na função cognitiva o impossibilita de realizar algumas atividades da vida diária, bem como de realizar algumas atividades que necessitem de certo nível de raciocínio.

Pensando nessa situação, a Lei 13.146/2015 previu, em seu artigo 84, parágrafos 1º e 2º,⁵ os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada como forma de facilitar que a sua vontade seja respeitada, não impedindo o exercício de sua capacidade legal e muito menos lhes privando da sua condição de igualdade.

2 O INSTITUTO DA CURATELA FRENTE AO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A LEI 13.146/15

A curatela é um instituto presente no Direito Civil brasileiro que visa suprir a capacidade civil da pessoa em todos os aspectos de sua vida, atribuindo algo semelhante a uma morte civil para o curatelado.

No Código Civil de 2002, existem duas capacidades civis que merecem total atenção: os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes. É para essas categorias de capacidade que se destina o instituto da curatela.

Essa diferença tem importantes efeitos jurídicos tendo em vista que os atos realizados por pessoas relativamente incapazes são anuláveis e não nulos de jure, como é o caso dos absolutamente incapazes. Assim, não se lhes tolhe a autonomia de forma peremptória mas somente de modo mitigado (SOUZA, 2013, p. 104).

A capacidade de direito é algo inerente ao ser humano desde o momento do seu nascimento com vida e perdura até o momento em que é constatado o seu óbito.

⁵ Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. §1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. §2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada (BRASIL, Lei 13.146/2015).

Todos têm capacidade de direito, embora nem todos tenham a plena capacidade de fato. Para a configuração da primeira, basta o nascimento com vida, para as pessoas físicas, ou o registro dos atos, bem como o atendimento aos requisitos legais de constituição, para a pessoa jurídica (TEIXEIRA, 2008, p. 6).

Porém o mesmo não se pode afirmar da capacidade de fato, pois esta admite limitações, ou até mesmo a sua supressão em determinadas situações, momento em que a pessoa se torna incapaz para certos atos da vida civil.

Como salienta Teixeira: “[...] conclui-se que a capacidade de exercício é instrumento de realização da autonomia privada, por estar estreitamente ligada à prática de atos jurídicos, que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas”. (TEIXEIRA, 2008, p.6)

Para o Código Civil de 2002, determinadas pessoas serão consideradas civilmente incapazes para a realização de alguns atos, a depender de certas características descritas em seu texto normativo. A legislação atribui a condição da capacidade ao estado da pessoa naquele momento. Desta feita, aquele que permanentemente ou por algum momento não apresentar o discernimento compatível com a necessidade de decidir sobre certas ocasiões civis deverão constar como incapazes, sendo-lhes tirado o direito de decidir até sobre elas mesmas.

Conforme é possível depreender do dispostos nos arts. 3º e 4º da norma citada, que estabelecem as hipóteses de incapacidade, é a existência de discernimento por parte da pessoa o elemento central da capacidade, na medida em que são considerados civilmente capazes todos aqueles que possuem clareza de raciocínio, aptos, portanto, a cuidar de si próprios e dos seus bens. Em contrapartida, são legalmente incapazes as pessoas sem discernimento algum ou com discernimento reduzido para os atos da vida civil (LEITE, 2012, p. 303-304).

Visto assim, a pessoa com deficiência intelectual se enquadra exatamente nesta categoria de falta de discernimento para os seus atos da vida civil e, portanto, segundo o Código Civil de 2002, serão consideradas incapazes.

A normatização não tem o intuito de prejudicar a pessoa com deficiência quando atribui uma restrição à sua capacidade de exercício. Na realidade, o motivo de tal medida visa à sua proteção. Foi a forma que o legislador encontrou de protegê-lo contra atos próprios e de terceiros, foi o meio vislumbrado de garantir-lhes uma vida digna.

O instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. [...] A lei não instituiu o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários (PEREIRA, 2004, p. 272).

Devido à sua falta de discernimento, algumas pessoas com deficiência não têm capacidade para resolver os problemas civis decorrentes da própria vida. Por isso, o ordenamento jurídico determina que a pessoa seja submetida a uma curatela e lhe seja atribuído um curador.

Segundo Diniz, “a curatela é o encargo público, cometido, por lei, a alguém para reger e defender a pessoa e administrar os bens de maiores, que, por si sós, não estão em condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou deficiência mental” (2014, p. 720).

Durante o processo, o juiz nomeará um curador que, a partir de então, passará a assisti-lo, a depender da designação dada pelo juiz no processo. “A curatela é instituto protetivo dos maiores de idade, mas incapazes, isto é, sem condições de zelar por seus próprios interesses, reger sua vida e administrar o seu patrimônio” (DIAS, 2010, p. 610).

Como salienta Farias e Rosenvald (2014, p. 902):

[...] existem determinados grupos de pessoas que, por motivos diversos incapacitantes (como, por exemplo, a falta de discernimento ou uma enfermidade), não podem exercer determinados atos patrimoniais sem a assistência ou representação de terceiros. A curatela surge nesse panorama como encargo imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior de idade que não pode se autodeterminar patrimonialmente por conta de uma incapacidade. É, visivelmente, uma forma de proteção a alguém que, embora maior de idade, não possui a plena capacidade jurídica.

Assim, a curatela foi criada com o objetivo principal de gerir o patrimônio daquele que por algum dos motivos descritos por lei não tenha condições administrar o seu patrimônio. Proporcionando, desta feita, que

a pessoa considerada incapaz pudesse praticar, a depender da medida de seu discernimento, alguns atos tidos como existenciais, dando-lhe uma maior liberdade. Como salienta Teixeira: “A proteção deve ocorrer na exata medida da ausência de discernimento, para que não haja supressão da autonomia, dos espaços de liberdade” (2009, p. 73).

Não resta dúvida de que a curatela seja uma agressão à capacidade decisória do indivíduo, sendo este com ou sem deficiência. É importante que tal instituto tente preservar ao máximo a vontade daquele que foi interditado. Não seria justo que o curador interferisse em desejos que não tivessem uma repercussão jurídica na sua vida ou na vida de terceiros.

Perlingieri também coaduna com a ideia, quando defende que a curatela não deve anular o desejo do curatelado, pois, se assim fosse, poderia se traduzir em uma verdadeira morte civil. Defende que a curatela deve se restringir à esfera patrimonial.

A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma ‘morte civil’. Quando concretas, possíveis, mesmo se residuais, faculdades intelectivas e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade, é necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício de todas aquelas expressões de vida que, encontrando fundamento no *status personae* e no *status civitatis*, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica do sujeito. Contra essa argumentação não se pode alegar – sob pena de ilegitimidade do remédio protetivo ou do seu uso – a rigidez das proibições nas quais se consubstancia a disciplina do instituto da interdição, tendente à exclusiva proteção do sujeito: a excessiva proteção traduzir-se-ia em uma terrível tirania (PERLINGIERI, 2002, p. 164-165).

Pensando desta forma, a própria legislação já se precaveu quanto à postura do curador, de forma que tente preservar ao máximo a vontade do curatelado, deixando a cargo do curador, preferencialmente, as decisões que versem sobre questões patrimoniais.

Mesmo no texto da Convenção Internacional sobre os Direito das Pessoas com Deficiência, que estimulou a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, já se podia apontar o desejo da preservação da autonomia do curatelado.

A proposta da CDPD é a de apostar na autonomia da pessoa com deficiência, em igualdade com as demais. Se, a despeito de eventual limitação física, psíquica e/ou intelectual duradoura, preservar o discernimento

necessário à prática daquele ato civil específico, não poderá sofrer ali abalo na sua capacidade jurídica (MENEZES, 2015, p. 6).

A partir dessas noções apresentadas, é importante analisar os limites da curatela, visto que, antes de se preservar o patrimônio da pessoa com deficiência, devem-se preservar a sua autonomia, a sua vontade, os seus desejos. Sem autonomia não existe dignidade humana, e sem respeito à dignidade humana não se pode falar direitos.

3 OS LIMITES DA CURATELA E DIREITO DO CURATELADO EM ESCOLHER O SEU CURADOR

A curatela é uma medida ofertada pela legislação que deverá ser vista de forma excepcional. Só deverá ser adotada em último caso, isto é, quando imprescindível para garantir uma vida digna àquele que dela necessitar. Segundo Menezes (2015, p. 14), “[...] a curatela se confirma como uma medida *in extremis* que somente poderá ser utilizada nos restritos limites da necessidade do curatelado e para atender aos seus interesses”.

Não há de se questionar quanto invasivo pode ser o instituto da curatela na vida do indivíduo. O curador passa a ter o poder de decidir sobre algumas questões da vida do seu curatelado. Como visto, passa a ter o poder de decidir sobre alguns desejos da vida do outro. Porém, não se pode permitir que o instituto interfira de tal forma, que chegue a anular a individualidade de seu curatelado. Deve-se atentar para que os direitos existenciais sejam preservados sempre que possível. “Não se pode admitir a substituição da vontade do curatelado pela vontade do curador” (COSTA, 2015, p. 28).

Perlingieri defende que não se devem tolher certos direitos do indivíduo. Existem direitos que são intrínsecos à pessoa e que independem do discernimento para que os titulares possam gozá-los.

Todo homem é, como tal, titular de situações existenciais representadas no *status personae*, das quais algumas, como o direito à vida, à saúde, ao nome, à própria manifestação do pensamento, prescindem das capacidades intelectuais, ou, pelo menos, de algumas formas de inteligência comumente entendidas (PERLINGIERI, 2002, p. 97).

O processo de curatela tem se tornado mais humanizado com as novas legislações. Como visto no tópico anterior o instituto ganhou uma nova interpretação e uma nova maneira para a sua aplicação.

O processo de interdição será mais humanizado, já que deverá respeitar as vontades e habilidades da pessoa com deficiência, com clara opção pela interdição parcial, ou seja, limitar a restrição apenas à administração de bens ou à limitação de um ou outro direito (COSTA, 2015, p. 29).

Segundo Menezes (2015, p.10), o tratamento humanista adotado pós-convenção “visa romper com a ideia de que a pessoa com deficiência tem um valor inferior às demais e de que a capacidade jurídica é critério para conquistar a titularidade de direitos fundamentais”.

Não se pode admitir que ações com o objetivo de auxiliar a pessoa com deficiência acabem por deteriorar o que ela tem de mais importante, que é a sua dignidade como pessoa humana. Não se pode tolher a sua vontade, o seu desejo, quando esta não representar um fator que exponha a sua dignidade ou a de sua família. Assim, não deverá ser simplesmente pelo critério da deficiência que se deverá deixar de considerar a vontade da pessoa com deficiência.

Segundo o novo texto do artigo 1772 do Código civil brasileiro de 2002⁶, instituído pela Lei 13.146/2015, o juiz deverá atribuir os limites da curatela a depender das necessidades do curatelado. E no seu parágrafo único determina que a vontade do mesmo deve ser considerada no momento da escolha ou manutenção do curador.

A pessoa com deficiência intelectual apresenta uma dificuldade de discernimento de fazer escolhas. Como visto, a sua idade cognitiva não condiz com a sua idade cronológica, tornando-o muitas vezes com a idade de desenvolvimento compatível com uma pessoa considerada incapaz pelo Código Civil, ou seja, seu discernimento será no nível de discernimento de uma criança ou de um menor de 16 anos⁷.

Porém, a criança, mesmo sendo incapaz para os atos da vida civil pelo Código Civil de 2002, tem capacidade para decidir sobre certos atos, principalmente os atos existenciais, como no caso de manifestar sua vontade sobre adoção ou em questões de guarda, visto que, segundo o Estatuto

6 O Código Civil de 2002 sofreu drásticas mudanças com o advento da Lei 13.146/2015. Uma mudança considerável foi à ocorrida em relação ao regime das capacidades (Art. 3º e Art. 4º do Código Civil de 2002). Após a mudança, a pessoa com deficiência deixa de ser considerada absolutamente incapaz, sendo admitida uma incapacidade relativa em casos excepcionais atribuídos pelo Juiz.

7 A partir da Lei 13.146/2015, que alterou o Art 3º do Código Civil de 2002, só será admitida como absolutamente incapaz a pessoa menor de 16 anos.

da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, a depender do seu nível de compreensão, serão previamente ouvidos em determinadas ações.

Teixeira (2008, p. 24) menciona que: “O art. 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, assegura à criança capaz de discernir e de formular a própria opinião o direito de expressá-la livremente, no que tange a assuntos que lhe são relacionados”.

A autonomia é um dos principais atributos que qualificam a pessoa humana. E é por meio deste atributo que a pessoa toma suas decisões, projeta sua vida, seu caminho, sua forma de existir no mundo; faz a sua história. Tirar a autonomia de uma pessoa é privá-la da sua essência. “Cabe à pessoa o controle de sua própria vida, ainda quando vier a se comportar de modo incompatível com esse interesse”. (MENEZES, 2015, p. 11)

Não será por causa da deficiência ou da sua falta de discernimento que a pessoa deverá ser totalmente privada de sua autonomia. Assim como a criança, considerada incapaz pela legislação vigente, a pessoa sem o total discernimento também tem que ter a sua vontade valorizada. A pessoa com deficiência, antes de tudo, é uma pessoa humana, e como tal, tem direitos e dignidade, e ambos devem ser respeitados, de forma a garantir-lhes a igualdade. Como salienta Menezes (2015, p. 12):

[...] aquelas pessoas com impedimentos de ordem duradoura também têm direito à autonomia, em igualdade de condições com os demais. Em virtude de sua condição humana também precisam realizar a sua personalidade sem o que a sua dignidade seja malferida.

O novo Código de Processo Civil prescreve em seu texto normativo a possibilidade de o interditando ser ouvido, de manifestar a sua vontade. Com o auxílio de entrevistas o juiz tomará ciência da vontade do interditando, de seus interesses e até mesmo de seus laços afetivos para fundamentar a escolha do curador, de forma a não ferir o desejo do curatelado.

O objetivo é permitir ao juiz, uma melhor compreensão acerca do estado, das circunstâncias e interesses do interditando. Se entender necessário, poderá se fazer acompanhar de especialista ou disponibilizar os recursos tecnológicos tendentes a favorecer ao interditando as condições de melhor expressar suas vontades e preferências, na resposta às perguntas formuladas (MENEZES, 2015, p. 19).

O curador, segundo a nova legislação, deverá ser aquele que procurará o melhor interesse do curatelado. A melhor maneira de essa curatela ser realizada de forma saudável é a partir do momento em que a vontade do interditado for respeitada. Uma das mais plausíveis formas de respeito é fazer valer a escolha do curador pela pessoa com deficiência que sofrerá com as consequências do instituto. Desta forma, o curador deverá ser uma pessoa de confiança do interditado. Portanto, deverá ser aquela pessoa que o curatelado escolheu, visto que esta escolha ocorreu devido a algum fato que o transmite segurança, seja por vínculo afetivo ou mesmo por uma relação de confiança. O importante é que tenha a anuência da pessoa com deficiência que será interditada.

4 CONCLUSÃO

A pessoa com deficiência sofreu e continua sofrendo com a discriminação de toda a sociedade. Em alguns momentos da história sua vida não tinha nenhum valor. Seus pais tinham o direito de sacrificá-la ou abandoná-la à sorte. Nessa época, eram tratados como meros objetos. Só com o cristianismo a pessoa com deficiência foi considerada pessoa humana e teve a sua dignidade reconhecida. Apesar do passar do tempo e de todas as lutas por reconhecimento, eles ainda sofrem o preconceito e as barreiras impostas pela sociedade, dificultando a sua inclusão.

A deficiência mental é um tipo de deficiência em que a função cognitiva da pessoa se encontra comprometida. Desta feita, a pessoa com deficiência intelectual apresenta um déficit em seu discernimento, fato que influencia negativamente no seu poder de decisão. A deficiência mental ou intelectual é percebida com a constatação de uma discrepância entre a idade cronológica e a idade de desenvolvimento cognitivo da pessoa. Seu raciocínio não é compatível com certas atividades do dia a dia, principalmente quando essas atividades possam pôr em risco sua vida e de sua família.

Essas pessoas, muitas vezes, não são capazes de desempenhar atividades que necessitem de um maior grau de discernimento, principalmente quando essas atividades versam sobre questões patrimoniais. Para tanto, a legislação pátria dispõe do instituto da curatela, que visa auxiliar o curatelado a tomar determinadas decisões.

Ocorre que este instituto possui limites bastante sublimes. No decorrer de seus deveres, o curador deverá priorizar o bem-estar e a dignidade do curatelado. Porém, para que sua dignidade seja respeitada, a vontade da pessoa deverá ser reconhecida. Não se pode falar em dignidade sem se falar em autonomia da vontade.

Durante a pesquisa, abordou-se o conceito de deficiência, deficiência intelectual e curatela. A partir desse conhecimento, pode-se verificar como o instituto vem determinado pelo Código civil e as mudanças que deverão ser adotadas após a vigência da Lei 13.146/15, como forma de proteção da pessoa com deficiência.

Com o novo tratamento dado à curatela, esta deverá ser realizada de forma a não interferir nos direitos existenciais do curatelado, valorizar o desejo do mesmo e proporcionar ao interditado o direito de escolher quem irá lhe representar de acordo com sua vontade.

Conclui-se que a única forma de se garantir a dignidade da pessoa humana frente ao instituto da curatela será a partir do momento em que se considerar a vontade do interditado. Apesar de toda a falta de discernimento, deve-se assegurar à pessoa com deficiência intelectual o direito de escolher aquele que irá lhe representar. Não se pode alegar a falta de discernimento como fator impeditivo desta escolha, visto que, em outras áreas do direito civil, como é o caso do direito de família, a criança, que também não possui o discernimento completo, tem o direito de opinar em relação a questões que envolvam o seu destino.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência*. 4. ed. Edição eletrônica: CORDE, 2011.

BELO, Chantal et al. *Deficiência Intelectual: terminologia e conceptualização*. Revista diversidades. ISSN 1646-1819, Ano 6, nº 22, p. 4-9, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.madeira-edu.pt/Portals/7/pdf/revista_diversidades/revistadiversidades_22.pdf#page=4>. Acesso em: 08 fev. 2017.

CARVALHO, Erenice Natália Soares de; MACIEL, Diva Maria de Albuquerque. Nova concepção de deficiência mental segundo a American Association on Mental Retardation – AAMR: sistema 2002. *Periódicos eletrônicos em psicologia*, Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2003000200008>. Acesso em: 23 abr. 2015.

COSTA, Sandra Marinho. *A capacidade legal da pessoa com deficiência intelectual no novo código de processo civil: em busca da efetiva dignidade da pessoa com deficiência intelectual*. 2015. 42f. Monografia (pós-graduação em processo civil). Instituto Brasiliense de direito público – Escola de direito de Brasília. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 29. ed. v. 5, São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v.6.

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.

_____. *As pessoas com deficiência na história do mundo. Bengala legal*.

Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

GONZAGA, Eugênia Augusta. *Direito das Pessoas com Deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2012.

GURGEL, Maria Aparecida et all. *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.

LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença et all (Coord.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*. a.4. n.1. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. *Conjur*, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Rafael Barreto. *Implementação no Brasil do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência: os impactos da constitucionalização do direito à plena capacidade jurídica*. 2013. 161 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Deficiência psíquica e curatela: reflexos sob o viés da autonomia privada. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, Porto Alegre, IBDFAM/Magister, n.7, p.64-79, dez-jan. 2009.

_____. Integridade psíquica e a capacidade de exercício. *Revista trimestral de direito civil*, v.33, p.3-36, jan/mar. 2008.

RECEBIDO EM: 14/08/2017

APROVADO EM: 11/09/2017

SOBRE O DIREITO À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E O DEVER DE LAICIDADE NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI N. 4.439/DF¹

***ON THE RIGHT OF POLITICAL PARTICIPATION AND THE DUTY OF
SECULARISM IN THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY
- ADI N. 4.439/DF***

Wagner Vinicius de Oliveira

*Doutorando em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro - FND/UFRJ, mestre em direito pela Universidade Federal de
Uberlândia - UFU (2018), bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado (OAB/MG).*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Participação política democrática: uma questão de direitos humanos e de direitos fundamentais; 2 Construção do espaço democrático pela valorização da diversidade religiosa; 3 Estado laico versus diversidade religiosa: um debate

¹ Este artigo é um dos produtos da pesquisa desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, entre os anos de 2017-2018, intitulada “Amici curiae e legitimidade: sobre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro”, financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Agradece-se às avaliadoras e aos avaliadores ad hoc pelos apontamentos realizados.

plural na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 4.439/DF; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: esse artigo analisa o contraste existente entre a participação política e o dever de laicidade do Estado brasileiro, cujo exame se apresenta inegavelmente atual e necessário. Com o objetivo geral de contribuir para a construção do conceito inclusivo de laicidade, esta devassa será baseada nos direitos humanos e nos direitos e garantias fundamentais. Adota-se como metodologia de trabalho a análise bibliográfica para a fundamentação teórica de uma perspectiva plural e aberta para as deliberações sobre a agenda pública. A partir dos dados levantados, constata-se a tensão entre o dever de laicidade estatal e as participações das instituições religiosas, inicialmente prevaleceu a ideia de que laicidade é sinônimo de exclusão do debate público. Contudo, esse posicionamento, contrário ao paradigma democrático, é confrontado com a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 4.439/DF, que contou com expressivas participações das instituições religiosas como *amici curiae*. Por fim, sugere-se as participações de diversas instituições, religiosas ou não, como tentativa para aumentar a legitimidade acerca das deliberações sobre a pauta pública, ressalta-se que as colaborações das instituições religiosas no debate sobre os interesses públicos, não devem se restringir a um mero protocolo numérico e acrítico.

PALAVRAS-CHAVE: *Amici Curiae*. Controle de Constitucionalidade. Liberdade Religiosa. Estado Laico. Participações Sociais.

ABSTRACT: we analyze in this article the contrast between political participation and the duty of secularism of the Brazilian State, whose research is undeniably current and necessary. With the overall objective of contribute to the construction of the inclusive concept of secularism, we base our research on the human rights and the fundamental rights and guarantees. We adopted as methodology the bibliographic analysis of the theoretical basis of a plural and open perspective for the deliberations on the public affairs. From the data collected, we note the tension between the duty to secularism of the State and the participations of religious institutions initially prevailed the idea that secularism is synonymous of the exclusion from public debate. However, for confront this position, contrary to the democratic paradigm, with the Direct Action of Unconstitutionality - ADI (in Portuguese) n. 4.439/DF, which had significant participation of religious institutions as *amici curiae*. Finally, we suggest the participation of diverse institutions, religious or not, as an attempt to increasing the legitimacy about deliberations of the public affairs, emphasizing the collaborations of the religious institutions in the

debates on public interests, should not be restricted to a mere numerical and uncritical protocol.

KEYWORDS: *Amici Curiae*. Constitutionality Control. Freedom Religious. Secular State. Shareholdings.

INTRODUÇÃO

O desafio enfrentado nas páginas que se seguem é desenhar um panorama inclusivo para a liberdade religiosa no modelo democrático brasileiro. Para tanto, tem-se como repertório inicial de análise a tensão entre as variadas feições das liberdades democráticas de participação política em sentido amplo na condução dos assuntos públicos, por parte das instituições religiosas, contraposta com dever de laicidade do Estado brasileiro.

Nessa tônica, o objetivo geral a ser alcançado é contribuir para a construção do conceito inclusivo de laicidade, cuja devassa funda-se nos direitos humanos e nos direitos e garantias fundamentais. Por sua vez, este propósito maior é desdobrado em outros três objetivos específicos, quais sejam: (i) analisar as possibilidades de participação política no bojo do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos - PIDCP, bem como na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88; (ii) compreender a laicidade diferente de exclusão antecipada do debate público, e por fim, (iii) demonstrar de modo pragmático o debate plural desenvolvido na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 4.439/DF.

As justificativas apresentadas para a realização deste estudo revelam-se inegáveis pela atualidade do tema, bem como pela necessidade de investigação aprofundada. Haja vista que a gestão democrática da coisa pública (*res publica*), traz em si o potencial de controle social e transparéncia democrática por parte da sociedade civil nos temas que ultrapassem sobremaneira os interesses privados de determinados grupos, sejam ou não religiosos.

Como metodologia de trabalho, vale-se da análise bibliográfica e da avaliação de uma recente decisão prolatada em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Busca-se articular argumentos em prol da realização, em um só tempo, da participação política e da laicidade do Estado brasileiro. Sem, contudo, descurar da conflituosa relação estabelecida pela tentativa de acomodação do dissenso democrático.

O ponto central é, conforme demonstra Häberle (1997, p. 13, grifo do autor), que:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer em elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

De modo incisivo, é possível estabelecer a hipótese a ser apresentada, ou seja, a laicidade não deve possuir como sinônimo a exclusão antecipada do debate sobre a agenda pública. Por outros termos, busca-se compreender os porquês de, validamente, mitigar as participações das instituições religiosas, uma vez que, conforme já se disse, a regra é ou deveria ser a participação democrática e plural.

Todavia, posicionar-se favoravelmente ao direito de participação política das instituições religiosas não deve ser confundido com a retomada do modelo adotado oficialmente pela Constituição brasileira de 1824, na qual se estabelecia uma religião oficial.² Mesmo porque, conforme destacam Lopes e Vital da Cunha (2012, p. 28-29), desde “A primeira Constituição da República, que data de 1891, é laica, logo, prevê a separação entre o poder político e as instituições religiosas, não permitindo a interferência direta de um determinado poder religioso nas questões do Estado [...]”.

Bem por isso, ao discorrer sobre o tema não se cogita que argumentos de cunho estritamente religiosos acompanham a elaboração ou implementação de políticas públicas ou, ainda, que devam compor a fundamentação de decisões judiciais, por exemplo. Na perspectiva do Estado democrático de direito exige-se bem mais das participações da sociedade civil. Aliás, em alguma medida, historicamente as possibilidades de associação entre os elementos políticos e religiosos possuem algumas passagens benéficas.³

Realizadas estas considerações preliminares, esse artigo será estruturado em três momentos. Num primeiro momento (i) aproximará os conceitos de participação política, no plano dos direitos humanos, nos

² Constituição Política do Império do Brasil de 1824, art. 5º. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórmula alguma exterior do Templo (sic) (BRASIL, 1824).

³ Para minimamente fornecer algum lastro para essa afirmação, que certamente não se esgotam nesses exemplos, mas, revela-se oportuno ilustrar com o agir político e religioso de Mahatma Gandhi (Mohandas Karamchand Gandhi), na Índia e, de Martin Luther King Jr., nos Estados Unidos da América.

termos do art. 25, item “a”, PIDCP e, no plano dos direitos fundamentais,⁴ conforme art. 1º, V e parágrafo único, CRFB/88.

Ato contínuo, (ii) a partir dos sentidos e alcances do art. 19, I, CRFB/88, contribuirá para a construção de um espaço democrático por intermédio da valorização da diversidade religiosa. Por último, no terceiro momento (iii), será retomada a necessidade da compreensão da laicidade compatível com o paradigma democrático, vale-se da estratégia pragmática vivenciada no debate plural estabelecido na ADI n. 4.439/DF.

Vale dizer que mediante a participação política das instituições religiosas efetivar uma “democracia associativa” Bader (2007), que supere a mera manutenção ou criação de privilégios de determinados seguimentos religiosos. Mas, para tanto, se exige um intenso envolvimento na realidade social a ser analisada de agora em diante.

1 PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DEMOCRÁTICA: UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS E DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito à participação política é uma ideia moderna que está umbilicalmente comprometida com o sistema democrático de direito. Em sua gênese primária margeia as clássicas funções desempenhadas pelo constitucionalismo, isto é, uma densa construção histórica e filosófica⁵ desenvolvida com o fim de limitação do exercício do poder, inicialmente soberano (monarca) e atualmente estatal (democrático de direito), sobretudo pelo reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, este conceito insere-se, inicialmente, no rol dos direitos de primeira geração (ou dimensão), desaguando nos direitos de quarta geração. Segundo entendimento de Bonavides (2001, p. 28), compreendidos essencialmente pelo direito à democracia, reclamando, portanto, uma visão ampliativa dos direitos civis e políticos de participações heterogêneas na condução da agenda pública (assuntos cujos interesses ultrapassam as esferas individuais).

Inicia-se a análise pelos direitos humanos, dentro do catálogo dos diversos instrumentos jurídicos supranacionais que formam o sistema

⁴ Tecnicamente os citados dispositivos constitucionais são alguns dos fundamentos da República, positivados no art. 1º, CRFB/88.

⁵ Comumente funções atribuídas as revoluções burguesas dos séculos passados (basicamente sécs. XVII e XVIII), decorrente da Revolução Inglesa, da Independência Norte-Americana e da Revolução Francesa. Contudo, estes processos não se resumem ou esgotam estes fenômenos.

global de proteção e promoção destes direitos sublinha-se o PIDCP.⁶ De modo específico, no que toca a participação sobre a deliberação da agenda pública, o art. 25, item “a”, do citado Pacto Internacional, fornece diretrizes para questões sobre autonomia e participações na vida política.

Artigo 25. Todos os cidadãos devem ter o direito e a oportunidade, sem qualquer das distinções mencionadas no artigo 2º e, sem restrições infundadas:

a) Tomar parte na condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966, tradução nossa).⁷

Uma leitura democraticamente adequada para essa regra de direito internacional implica adotar como se sinônimos fossem as expressões assuntos, agendas ou pautas públicas a despeito de uma categorização formal rigorosa. Por outros termos, representam o conjunto das liberdades políticas traduzidas pelo conceito de liberdades civis, individuais e coletivas. Expressão máxima de um dos direitos humanos, que não cabe ser negligenciado, como é o caso da liberdade.

No direito interno, ocorre uma inescapável conjugação com os fundamentos da República, plasmados no Texto Constitucional de 1988, de modo substancial no pluralismo político e a soberania popular, respectivamente, art. 1º, V e parágrafo único, CRFB/88. Por isso, a criação ou manutenção de espaços para acomodar a pluralidade (divergências) no que toca as deliberações sobre a coisa pública, isto é, o modo de relacionamento entre governantes e governados, apresenta-se como um dos desafios que o constitucionalismo contemporâneo deve (cor)responder.

Além da observância dos direitos humanos ao se concretizar valores fundamentais, caros ao paradigma democrático, como a igualdade e a liberdade, em última medida, considera-se que “[...] todo indivíduo tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam a sua comunidade;

6 Cf. dispõe o art. 25, PIDCP, concluído e assinado em 1966, vigente desde 1976, sendo promulgado, no Brasil pelo Decreto n. 592/1992.

7 No original: “Article 25. Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions:

a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; (INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, 1966).”

vale dizer, todos merecem participar dos processos de discussão e decisão em pé de igualdade" (GODOY, 2012, p. 45).

Vê-se, pois, que o conteúdo constitucional ultrapassar a simples formação do Estado, divisão de competências, definição de direitos sociais etc., sem embargo, a tônica está na (re)definição de um projeto político pluralista e inclusivo. E, como forma de conectá-lo a soberania popular chega-se no pluralismo ou participações plurais como forma de aumentar a legitimidade nas decisões adotadas sobre as pautas públicas.

O sentido material da Constituição, possibilita o conhecimento dos diversos modo de ser (FERNANDES, 2014, p. 30), nesse particular, com efeito, a religiosidade em termos culturais, sociológicos e antropológicos, integra o significado substantivo de Constituição. Dito isso, tem-se as condições para a formação de um espaço legítimo de reivindicação de "um direito constitucional da liberdade" (BONAVIDES, 2001, p. 07).

Liberdade implica participações (pluralidade democrática), que por sua vez decorre da soberania popular. Torna-se inescapável a atuação política e democrática de suas destinatárias e seus destinatários na definição sobre as agendas públicas. Ao que tudo indica, nesse ponto de vista, Bonavides (2001, p. 20), insere:

Com o Estado democrático-participativo o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade.

Acrescente-se a este quadro teórico-conceitual o potencial de aperfeiçoamento do paradigma constitucional mediante as distintas participações nas funções tipicamente estatais (Executiva, Legislativa e Judiciária). Assim, democracia participativa equivale a metodologia inclusiva nos procedimentos deliberativos sobre assuntos de interesse coletivo.

Sob o pano de fundo do conhecimento, participação e influência na tomada de decisão (*decision making*), acerca dos assuntos públicos, reordenar as práticas estatais. "De tal sorte que não há Estado de Direito sem a observância dos direitos fundamentais. Com esta verdade inconcussa podemos asseverar que só existe sociedade aberta, juridicamente organizada, se prevalecerem aqueles direitos" (BONAVIDES, 2001, p. 79-80).

Dúvida consectária das teorias até aqui apresentadas é como operacionalizar estas ideias? Uma vez que a soberania popular se expressa, também, pela possibilidade de participações tanto no espaço social, quanto no espaço institucional (público). Preliminarmente, além da possibilidade de realização de audiência pública ou das intervenções dos *amici curiae*, tem-se uma necessidade, que em larga medida é tributária das ideias desenvolvidas.

Conforme se sabe, “Os *amici* [no singular *amicus*] podem ser associações, fundações, sindicatos, profissionais de notório conhecimento técnico ou científico etc., que interferem em procedimentos judiciais devido ao interesses públicos e relevância social aumentando a participação social nas decisões judiciais” (OLIVEIRA, 2015, p. 214).

E, desde o advento da Lei n. 13.105/2015, com a positivação do *amicus curiae* no art. 138, do Código de Processo Civil,⁸ agora típica intervenção de terceiros, torna-se abstratamente cabível em todos os procedimentos judiciais. Contudo, o limite argumentativo deste artigo circunscreve-se ao controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista o fortalecimento do sistema democrático pela interpretação compartilhada com a sociedade civil.

Para que se tenha efetivamente uma pauta pública, sob o prisma democrático participativo, inexiste espaço legítimo para a interpretação constitucional realizada exclusivamente por intérpretes oficiais, ou seja, uma sociedade fechada (HÄBERLE, 1997). Também a suposta “Democracia onde o baixíssimo grau de legitimidade participativa certifica a farsa do sistema, assinalando o máximo divórcio entre o povo e as suas instituições de Governo” (BONAVIDES, 2001, p. 26).

Logo, ao se mitigar o solipsismo metodológico dentro de uma sociedade livre e aberta, todas as destinatárias e todos os destinatários

⁸ Lei n. 13.105/2015, (CAPÍTULO V - DO AMICUS CURIAE), art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (BRASIL, 2015).

da norma jurídica estão potencialmente capacitadas e capacitados para cooperarem com a interpretação do texto e contextos constitucionais. Por assim dizer, concretizar a simbiose entre as múltiplas interpretações formais e informais. Essa construção deliberativa perpassa pela inserção de outras e de outros intérpretes e, simultaneamente afastar-se da tese da história única em termos de interpretação constitucional.

2 CONSTRUÇÃO DO ESPAÇO DEMOCRÁTICO PELA VALORIZAÇÃO DA DIVERSIDADE RELIGIOSA

De certo, o laicismo é a repulsa da religiosidade, ao passo que laicidade consiste na ausência de uma religião estatal ou instituição religiosa oficial (preferência). Nessa tônica, a perspectiva do laicismo estatal apresenta-se contrária ao direito humano de tomar parte dos debates sobre as pautas públicas, igualmente, contraposta aos direitos e garantias fundamentais. Fala-se, portanto, numa análise hermenêutica sobre os sentidos e alcances do art. 19, I, do Texto Maior, cujo teor é abaixo transscrito:

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

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçá-los o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (BRASIL, 1988).

No mínimo dimana quatro obrigações deste dispositivo, que podem ser flexibilizados tendo em vista a colaboração para o interesse público. Veda-se, pois, a condução, pelos entes estatais, da opção (ou não) religiosa individual. O desafio é aprimorar a noção de neutralidade estatal (dever de laicidade), conjugada com o agir politicamente das instituições religiosas para fazer avançar o debate público, com vistas a proporcionar ao mesmo tempo o dever de laicidade e pluralidade democrática. Eis o dilema que se pretende colocar em evidência.

A proposta a ser seguida consiste no exercício de direitos políticos e civis para criar ou ampliar espaços plurais, político e social, dentro das estruturas institucionalizadas. Portanto, desarrazoado será aferrar-se a ideia de que a democracia pressupõe necessariamente consenso, em larga medida o espaço democrático se perfaz também nas tensões.

Dentro desta premissa, que Mouffe (2006) chama de modelo agonístico de democracia, a contraposição de distintos pontos de vista no que concerne

as participações das instituições religiosas nas deliberações sobre a agenda pública devem ser acondicionadas dentro do projeto constitucional.

Exatamente por materializar tanto um direito humano, quanto um direito fundamental, como já visto, afirma-se que a regra é a participação plural; para validamente restringir estas participações deve-se estabelecer sólidas razões. Pois, as instituições religiosas “[...] tem o ‘direito’ de desfrutar do mesmo espaço social que diversos grupos e movimentos seculares” (LOPES; VITAL DA CUNHA, 2012, p. 21). Sob pena de privação de direitos fundamentais por motivo de crença religiosa, com a consequente ofensa ao art. 5º, VIII, CRFB/88.⁹

Desde logo, explicita-se a distância que separa as ideias aqui levantadas e os argumentos da chamada “bancada religiosa”.¹⁰ Sob a qual caberia diversas reservas dentre as quais, que “[...] estes religiosos vêm atuando unidos em prol da promoção de uma sociedade moralizada e civilizada a partir de seus termos” (LOPES; VITAL DA CUNHA, 2012, p. 180). Mesmo porque, a dita frente parlamentar diverge substancialmente do objeto ora pesquisado, pois compõe e representa o Estado e, de modo algum é capaz de confundir-se com a pluralidade na participação política.

Em verdade, conforme explica Abumanssur (2016, p. 19), “A visibilidade da religião, sua presença na mídia, sua atuação no Congresso, sua importância nos debates políticos são consequência direta da liberdade religiosa que marca o Estado Moderno, democrático e secularizado”. Na direção oposta, apresenta-se a teoria do pluralismo institucional democrático (*Democratic Institutional Pluralism*), desenvolvida na democracia associativa (*Associative Democracy*). Aliás, nesta teoria Bader (2007) realiza uma análise multicultural da concepção antropológica e sociológica da religiosidade.

Assim, ao tornar a análise sobre os assuntos públicos heterogênea, na maior medida possível, permite-se acrescentar legitimidade pela pluralidade democrática. Pois, a pluralidade visa mitigar o arbítrio estatal, no qual

9 CRFB/88, art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (BRASIL, 1988).

10 Sobre o tema, recomenda-se LOPES, Paulo Victor Leite; VITAL DA CUNHA, Christina. Religião e política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012.

ocorra a inevitável confusão ou inversão entre a titularidade da soberania e aquelas e aqueles que exercem temporariamente as funções públicas.

Por outras palavras, as tensões do sistema democrático devem ser superadas ou contornadas, uma vez que é impossível eliminá-las, por respostas igualmente democráticas; para as quais a tese da completa separação não é defensável. Desse modo, a exclusão das religiosidades do debate público pressupõe uma neutralidade fictícia.

Culturalmente, designa a laicidade dos quadros culturais cognitivos e normativos gerais: visões do mundo, da sociedade e do homem. Socialmente, designa um declínio das crenças e práticas religiosas nas sociedades modernas. Politicamente, refere-se a uma secularização do Estado e da política (BADER, 2007, p. 39, tradução nossa).¹¹

O referencial de análise é a participação plural, portanto, no Estado democrático não cabe sobrepor os direitos de participação na vida política com generalidades antecipadas; contudo, no balanceamento das razões deve-se revelar consistentemente os fundamentos para a impossibilidade de participação de determinados agentes no debate público.

Ressalte-se que excessos poderão ocorrer em ambos os lados, logo, a laicidade não deve significar que “A experiência técnica não ameaça diretamente as duas autonomias e a tolerância individual e coletiva, mas é uma ameaça ‘silenciosa’, a longo prazo, para a democracia, intimamente ligada à ‘modernity’ e internamente oposta a toda religião” (BADER, 2007, p. 99, tradução nossa).¹²

Considerando que a “[...] ‘prioridade da democracia. [Exige] Primeiro, uma concepção específica (juntamente com os direitos e instituições de acompanhamento) do debate democrático: arena pública e liberdades de comunicação política” (BADER, 2007, p. 110, tradução nossa).¹³ Ao lado da não discriminação e da igualdade de oportunidades tangenciar decisões compatíveis com diversos atores sociais. Assim, esta teoria busca superar

¹¹ No original: “Culturally, it designates the secularisation of general cognitive and normative cultural frames: views of world, society and man. Socially, it designates a decline of religious beliefs and practices in modern societies. Politically, it refers to a secularisation of state and politics” (BADER, 2007, p. 39).

¹² No original: “Expertocracy does not directly threaten the two autonomies and individual and collective tolerance, but it is a longterm, ‘silent’ threat to democracy, intimately connected with ‘modernity’ and internally opposed to all religion” (BADER, 2007, p. 99).

¹³ No original: “[p]riority of democracy’. First, a specific conception (together with the accompanying rights and institutions) of democratic debate: public arena and freedoms of political communication” (BADER, 2007, p. 110).

uma normatividade excludente, portanto, o autor propõe a acomodação mediante o:

[...] pluralismo institucional (IP) é definido pela combinação de duas características principais: (i) a pluralidade existente ou diversidade de categorias, grupos, organizações ou unidades políticas, formalmente reconhecida e integrada no processo político de definição do problema, deliberação, decisões alternativas e tomada de decisão, implementação e controle. (ii) uma quantidade razoável de descentralização real. (BADER, 2007, p. 186, tradução nossa).¹⁴

A democracia associativa “[...] estimula o pluralismo das minorias, garantido por uma forte interpretação das liberdades associativas e as propostas para representar os interesses de diferentes grupos minoritários no processo político” (BADER, 2007, p. 190, tradução nossa).¹⁵ Revela-se significativa para um projeto democrático que propõe a retomada da soberania popular, sobretudo ao se reconhecer não apenas a existência de diversos tipos de credo (monoteísta ou politeísta), mas também a possibilidade de negação da crença (ateísmo).

Acolher estas premissas não representa ignorar suas imperfeições práticas, que igualmente deverão ser corrigidas pela pluralidade democrática, sob pena de ultrajar a própria ideia de democracia. Deste modo, ao se exigir as participações do maior número possível de agentes, inclusive de instituições religiosas, mas não apenas destas, afasta-se a possibilidade de um discurso reducionista de participação social.

3 ESTADO LAICO VERSUS DIVERSIDADE RELIGIOSA: UM DEBATE PLURAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI N. 4.439/DF

Conforme mencionado na parte introdutória deste escrito, neste momento desenvolve-se a estratégia pragmática. Tendo em vista a pouca utilidade, para a ciência social aplicada do direito, de pesquisas estritamente

14 No original: “Broadly understood, Institutional Pluralism (IP) is defined by a combination of two core characteristics: (i) the existing plurality or diversity of categories, groups, organisations or political units, formally recognised and integrated into the political process of problem definition, deliberation, decision alternatives and decision-making, implementation and control. (ii) a fair amount of actual decentralisation” (BADER, 2007, p. 186).

15 No original: “[AD] stimulates minority pluralism, guaranteed by a strong interpretation of associational freedoms and the proposals to represent the interests of different minority groups in the political process” (BADER, 2007, p. 190).

abstratas. Fato que não equivale a afirmar sua completa inutilidade. Deste modo, sublinha-se as linhas gerais da tensão existente entre a participação plural da sociedade civil (diversidade religiosa) e o Estado laico.

Para tanto, num levantamento bibliográfico preliminar,¹⁶ contata-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 54/DF, é apontada como matriz definidora do sentido de laicidade. Uma vez que no bojo das discussões sobre a possibilidade jurídica de antecipação terapêutica da gestação de feto anencefálico, fixou-se o entendimento de que “O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões.” (BRASIL, 2016, p. 1.370). Contudo, contrapõe-se a metodologia de construção deste entendimento.

O elemento de tensão é revelado na medida em que a ADPF n. 54/DF contou com pedidos de ingresso no feito de algumas instituições religiosas, a exemplo da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, da Católicas pelo Direito de Decidir, da Associação Médico Espírita do Brasil etc., contudo, o argumento acima apresentado supostamente “fundamentou” o indeferimento dos pedidos, com a consequente impossibilidade de ingresso na qualidade de *amici curiae*. Ou seja, uma visão sectária de laicidade serviu para obstaculizar¹⁷ as participações das instituições religiosas.

As discussões deste artigo, sublinham as questões jurídicas, culturais e sociais capazes de interferem no discurso de aplicação do direito e na própria política estatal. Não se fala sobre a concordância ou a discordância com os discursos enunciados pelas instituições religiosas, mas, sobre a possibilidade de exercê-los conforme os direitos humano e fundamental.

Por outras palavras, o maior número possível de participações das instituições religiosas representa, em larga medida, a pluralidade de debates profundos sobre questões de interesses transindividuais. Não se trata de anuir aos posicionamentos religiosos, mas a possibilidade de manifestá-los no debate público institucionalizado. Até mesmo como forma de comprovar que suas visões particulares de mundo, embora arroguem a pretensão da universalidade, não devam prevalecer no debate público, apenas por esta razão.

¹⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. [Recurso eletrônico]. 5. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2016.

¹⁷ Muito embora a ADPF n. 54/DF, tenha realizado audiência pública, todos os pedidos de ingresso dos amici foram indeferidos, em sua maioria, sob o argumento de laicidade.

Na ocupação dos espaços públicos, o ator político de destaque deve ser o ideal democrático inclusivo. “Dito de um outro modo, a presença da religião na esfera pública interfere, necessária e negativamente, na democracia?” (LOPES; VITAL DA CUNHA, 2012, p. 169). O exame deste tema é complexo e subjaz à controvérsia a seguir examinada.

Ao se valorizar a diversidade Abumanssur (2016, p. 19-20), expõe que ao:

[...] questionarmos se a religião pode ou deve ocupar um lugar legítimo nos debates públicos de qualquer natureza. Não se concebe uma democracia onde não haja participação popular nos debates públicos, por isso, qualquer restrição a essa participação será sempre um grande problema.

Dentro do modelo idealizado fundado na tese da completa separação entre instituições religiosas e estatais implicaria assumir as consequências apontadas, ou seja:

Isso significa que o Estado deveria abster-se de qualquer manifestação no caso, por exemplo, das Testemunhas de Jeová, que não admitem a transfusão de sangue, ou dos cultos de matriz africana que fazem sacrifício animal. Qual é o limite para a ingerência mútua das esferas pública e privada? É uma questão difícil, cuja resposta será sempre circunstancial (ABUMANSSUR, 2016, p. 24).

O cerne da questão retratada é que “A presença dos religiosos na cena pública não é um problema de laicidade do Estado. Isso faz parte das nossas concepções do que seja um Estado democrático. A dificuldade está em encontrar as bases comuns de discussão” (ABUMANSSUR, 2016, p. 25). Sem dúvida, ao acolher diversas participações implica aumentar exponencialmente as complexidades e dificuldades das questões analisadas, contudo, as decisões submetidas a este procedimento serão substancialmente robustas e potencialmente mais legítimas.

Já que no Estado democrático de direito, conforme sustenta Nascimento (2009, p. 155), “Não é possível aceitar que o arbítrio de juízes solipsistas prevaleçam sobre a Constituição e a democracia.” Por consequência, a dimensão social tocante as deliberações sobre as pautas públicas permitem o “[...] desvelar do sentido ‘democrático’, pois a democracia não se manifesta de forma indireta por meio de representantes, mas possibilita aos cidadãos ou às entidades de classe o acesso à jurisdição” (NASCIMENTO, 2009, p. 165).

Sobre o controle de constitucionalidade, sabe-se que atualmente possui importantes contribuições para a implementação dos direitos e garantias fundamentais. Para Clève (1995, p. 21), “Exige-se, para além da compatibilidade formal a observância do conteúdo material.” E conforme já se disse a religiosidade compõe o repertório material de análise sobre o juízo de (in)constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo em face da Constituição.

Nesse aspecto, numa sociedade aberta o acesso ao controle de constitucionalidade necessita ser democratizado. E, para colocar estas ideias em movimento, especificamente no que toca a participação política das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade, analisa-se a ADI N. 4.439/DF. Mesmo que não se trabalhe de forma aprofundada o mérito debatido nessa ação, surge a necessidade de comprovação do lastro empírico do pluralismo também religioso.

Pois bem, inicialmente sob relatoria do Ministro Ayres Britto, em 30/07/2010, foi ajuizada ação que colocou em xeque a constitucionalidade de um dos componentes do ensino religioso no ensino fundamental e médio. Ou seja, a definição de sua natureza não confessional, consequentemente, com a proibição de contratação de representantes das confissões religiosas na qualidade de professora ou de professor.

Implicitamente tem-se a premissa da essencialidade do ensino religioso, cuja matéria possui tratamento no art. 210, § 1º, CRFB/88.¹⁸ Particularmente perfilha-se o entendimento da impossibilidade do ensino religioso confessional,¹⁹ contudo, por razões de espaço este posicionamento não poderá ser desenvolvido. Logo, permanecerá restrito aos objetivos específicos acima delineados.

A Procuradoria Geral da República - PGR, requereu a interpretação conforme a Constituição do art. 11, § 1º do Acordo celebrado entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé, no que concerne ao estatuto jurídico da igreja católica no Brasil,²⁰ e do art. 33, caput, §§ 1º e 2º da

¹⁸ CRFB/88, art. 210, § 1º. O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. (BRASIL, 1988).

¹⁹ Em sentido contrário, dentre outros, consultar: ROSA, Leonardo Gomes Penteado. Secularismo e liberdade de religião. 2018. 246 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo - USP, Faculdade de Direito, São Paulo, 2018.

²⁰ Decreto n. 7.107/2010, art. 11. A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.

§ 1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação (BRASIL, 2010).

Lei n. 9.394/1996,²¹ que segundo entende adota o modelo confessional de ensino religioso ante sua evidente parcialidade, mesmo no modelo interconfessional de ensino não se mantém a neutralidade estatal.

Por fim, requereu a suspensão dos dispositivos legais apresentados, bem como a realização de audiências públicas. Em linhas gerais, o núcleo desse debate pode ser plasmado na seguinte indagação: quem deve prestar o ensino religioso? De certo, laicidade (art. 19, I, CRFB/88) e ensino religioso (art. 210, § 1º, CRFB/88), coexistem no Estado brasileiro e, conforme se sabe, as modalidades do ensino religioso podem ser confessional, interconfessional (pluriconfessional ou ecumênico) e não-confessional.

A razão que se extrai da ação é que o ensino confessional, realizado pelas religiões dominantes (majoritárias) além de comprometerem a laicidade, transmite a falsa sensação de ser(em) esta(as) a(as) religião(ões) definida(s) pelo Estado, além de violar sobremaneira os direitos de crença em religiões não tradicionais ou de descrença.

Em resposta, o Senado Federal afirma que não houve qualquer ofensa uma vez que não exclui outras religiões além da católica, sustenta ainda que não há obrigação pela Constituição da República de ensino não-confessional. Portanto, segundo argumentou, os dispositivos encontram-se compatíveis com o desenho constitucional. Requereu ao final a declaração de constitucionalidade.

Por outro lado, a vedação do ensino interconfessional ou confessional, violaria os dispositivos constitucionais na medida em que a proibição de profissionais de determinadas religiões para lecionar a disciplina de ensino religioso afronta a liberdade religiosa igualmente estabelecida pelo Texto Constitucional.²²

²¹ Lei n. 9.394/1996, art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. (Redação dada pela Lei n. 9.475, de 22/07/1997).

§ 1º. Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. (Incluído pela Lei n. 9.475, de 22/07/1997).

§ 2º. Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso (BRASIL, 1996).

²² CRFB/88, art. 5º, VI. É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (BRASIL, 1988).

Assim, para dirimir as dúvidas, devido à complexidade da matéria, a natureza objetiva desta espécie de controle concentrado de constitucionalidade e, também, pela extensão dos efeitos da decisão; esta ação contou com a participação direta de vinte e uma instituições das mais distintas denominações religiosas.

Nominalmente figuraram como amici a Liga Humanista Secular do Brasil - LIHS; Conferência dos Religiosos do Brasil - CRB; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB; Grande Loja Maçônica do Estado do Rio de Janeiro - GLMERG; Associação Nacional de Educação Católica - ANEC; Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso - FONAPER; Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Conectas Direitos Humanos; Ecos Comunicação em Sexualidade; Comitê Latino-Americano e do Caribe para Defesa dos Direitos da Mulher - CLADEM e a Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação da Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais - Plataforma DHESCA Brasil.

E, ainda, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS; Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos - AAA; União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro - UJUCARJ; Associação dos Juristas Católicos do Rio Grande do Sul; Associação dos Juristas Católicos de São Paulo - UJUCASP; Associação Nacional de Juristas Evangélicos - ANAJURE; Conselho de Ensino Religioso do Distrito Federal - CONER-DF; Centro Acadêmico XI de Agosto; Defensoria Pública do Estado da Bahia e a clínica de direitos fundamentais da faculdade de direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Clínica UERJ Direitos.

Com a aposentadoria do Ministro Ayres Britto, a função de relator passou a ser exercida pelo Ministro Roberto Barroso. No que toca a realização de audiência pública, agendada para junho de 2015, vale acrescentar o item quinto que fundamenta a necessidade de sua realização:

5. Recomenda-se, assim, a convocação de audiência pública para que sejam ouvidos representantes do sistema público de ensino, de grupos religiosos e não-religiosos e de outras entidades da sociedade civil, bem como de especialistas com reconhecida autoridade no tema. Com isso, pretende-se que esta Corte possa instaurar efetivo diálogo com a sociedade, abrindo-se para os variados pontos de vista sobre a questão e possibilitando a obtenção de subsídios para o equacionamento da controvérsia constitucional. (BRASIL, n.p., 2017).

Para a realização da audiência pública foram registradas 227 (duzentas e vinte e sete) instituições inscritas. Diante deste expressivo número, para além dos critérios de relevância da matéria e representatividades dos requerentes (art. 7º, Lei n. 9.868/99), adotou-se como parâmetros “(i) representatividade da comunidade religiosa ou entidade interessada; (ii) especialização técnica e expertise do expositor; e (iii) garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista a serem defendidos” (BRASIL, n.p., 2017).

Foram deferidas as participações de vinte e uma instituições. Facultou, também, o envio das “contribuições por escrito” de todas as outras instituições inscritas. Cabe mencionar que dentro de uma relação processual, cujos procedimentos manifestam-se majoritariamente por escrito a distribuição de memoriais revela-se importante forma de participação na composição do juízo de (in)constitucionalidade.

Com isso, o Ministro Roberto Barroso, votou pela procedência dos pedidos, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 33, caput, §§ 1º e 2º, Lei n. 9.394/96, e do art. 11, § 1º, Acordo celebrado entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé, “[...] para assentar que o ensino religioso em escolas públicas somente pode ter natureza não confessional, com proibição da admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas” (BRASIL, n.p., 2017).

Assim, em 27/09/2017, por maioria, o STF julgou improcedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade. Muito embora o resultado final seja bastante relevante, essa análise privilegia o aspecto das participações das instituições religiosas no controle de constitucionalidade, no qual se constata, por fim, que o Estado não se torna menos laico quando permite as participações dos amici, cuja composição possua instituições religiosas.

Numa interpretação harmoniosa entre laicidade (art. 19, I, CRFB/88), dignidade humana e o pluralismo político (art. 1º, caput, III e V, CRFB/88), realizar uma leitura ampliativa sobre a participação plural na atividade interpretativa do texto e contextos constitucionais. Todavia, o desafio que efetivamente precisa ser enfrentado é que as participações sociais não devem se restringir a um mero protocolo acrítico. De outra sorte, devem concretizar o sentido do contraditório substantivo e de modo que seus argumentos sejam materializados mediante conhecimento, participação e influência nos atos decisórios.

4 CONCLUSÃO

Em sede de considerações últimas, neste artigo articulou teorias capazes de justificarem as participações de variados agentes com interesse moral no debate sobre a agenda pública. Retoma-se as ideias centrais como forma de sintetizar e consolidar as reflexões trabalhadas até agora. Em resumo, equivale a ideia de colocar o direito à participação simultaneamente como um direito fundamental e, como condição de possibilidade para o exercício de outros direitos e garantias fundamentais.

Assim, coube considerar, as participações políticas sobre o debate da agenda pública como um direito humano, produto das conquistas históricas e filosóficas, via de consequência, não negligenciável. Da mesma forma, a soberania popular deve prevalecer nas questões constitucionais, tais afirmações estão ancoradas respectivamente no art. 25, item “a”, PIDCP e no art. 1^a, parágrafo único, CRFB/88.

Conclui-se, portanto, que as associações entre o Estado e as instituições religiosas se revelam adequadas, quando visam realizar “a colaboração de interesse público” (art. 19, I, parte final, CRFB/88) e, por outro lado, inadequadas, quando representam a criação ou a manutenção de privilégios indevidos. De tal modo, o aludido dispositivo constitucional não deve ser interpretado isoladamente, ao contrário, uma interpretação sistemática e teleológica revelará com nitidez uma ou outra hipótese. O desafio posto para o paradigma democrático é encontrar o ponto de equilíbrio entre as várias tensões existentes.

Viu-se, também, nas linhas passadas que um espaço democrático e plural perpassa pela valorização da diversidade religiosa. E que a laicidade, diferentemente de laicismo, à luz do Estado democrático de direito permite contornar as tensões existentes nas participações das instituições religiosas. Segundo a teoria do pluralismo institucional democrático (Democratic Institutional Pluralism), procurou-se traçar uma via intermediária para o dissenso democrático sem, contudo, resultar na exclusão do debate público.

Diferentemente da última vez que o tema da laicidade visitou o debate sobre a (in)constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo (ADPF n. 54/DF), no debate estabelecido na ADI n. 4.439/DF, que versou sobre a natureza não confessional, do ensino religioso, nas escolas públicas, com a consequente proibição de contratação de representantes das confissões religiosas na qualidade de professora ou de professor,

vivenciou-se um diálogo interinstitucional e plural, revelando o lastro empírico da hipótese inicialmente apresentada.

Contudo, apresenta-se como resultado deste esforço comparativo a constatação de que o procedimento axiológico e teleológico democrático expressa-se pela fundamentação de suas decisões. Deste modo, entende-se que em princípio não se deve excluir do debate público, pois, quanto mais aberto, plural e fundamentado for este debate, em igual medida será democrático e inclusivo.

Em fecho conclusivo, paradoxalmente ainda não é possível confirmar de modo cabal sobre o aumento qualitativo da questão apreciada pelo procedimento deliberativo plural. Para tanto, carece-se de análises e estudos mais aprofundados, porém, desde já se percebe o início da majoração da legitimidade democrática pretendida.

REFERÊNCIAS

ABUMANSSUR, Edin Sued. Religião e democracia, questões à laicidade do Estado. In: CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DE SÃO PAULO. *Laicidade, Religião, Direitos Humanos e Políticas Públicas*. São Paulo: CRP-SP, 2016, p. 17-26, v. 1.

BADER, Veit. *Secularism or democracy? Associational governance of religious diversity*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: DEL NERO, Patrícia Aurélia; GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da. (Org.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2014. p. 01-27.

BELLIN, Eva. Faith in politics: new trends in the study of religion and politics. *World Politics*, v. 60, n. 02, jan. 2008, p. 315-347. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/40060198>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

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

_____. Decreto n. 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. *Diário Oficial da União*, Brasília: 12 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm>. Acesso em: 03 set. 2017.

_____. Lei n. 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília: 23 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 03 set. 2017.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: *Diário Oficial da União*, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 4.439/DF. Relator: Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 set. 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp?incidente=3926392>>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo. [Recurso eletrônico]*. 5. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2016.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Direito, Desenvolvimento e Justiça).

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LOPES, Paulo Victor Leite; VITAL DA CUNHA, Christina. *Religião e política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. *Revista Direito GV*, São Paulo, 5(1), jan./jun. 2009, p. 147-168.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, n. 25, jun. 2006, p. 165-175.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *International Covenant on Civil and Political Rights*: by General Assembly in Resolution 2200A (XXI). Washington, D.C.; 16 December 1966, entry into force 23 March 1976. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/ccpr.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. A participação do amicus curiae, enquanto intervenção de terceiros típica, no controle concentrado de constitucionalidade. *Percorso Acadêmico Revista Interdisciplinar da PUC Minas no Barreiro*, Dossiê: Ratio Juris: Razão do Direito. Belo Horizonte, v. 5, n. 9, jan./jun. 2015, p. 207-229.

ROSA, Leonardo Gomes Penteado. *Secularismo e liberdade de religião*. 2018. 246 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo - USP, Faculdade de Direito, São Paulo, 2018.

WALD; Kenneth D.; WILCOX, Clyde. Getting religion: has political science rediscovered the faith factor? *American Political Science Review*, Washington, v. 100, n. 04, nov. 2006, p. 523-529. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.219.6438&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

RECEBIDO EM: 26/03/2018
APROVADO EM: 19/07/2019

ESTUDOS PRELIMINARES SOBRE A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL ATRÍBUIDA À PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA FINS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL

*PRELIMINARY STUDIES ON THE IMPORTANCE OF THE SOCIAL
FUNCTION ATTRIBUTED TO INTELLECTUAL PROPERTY FOR
THE PURPOSE OF PROTECTING THE FUNDAMENTAL RIGHTS
PROVIDED FOR IN THE CURRENT FEDERAL CONSTITUTION*

Washington Eduardo Perozim da Silva

Pós-graduado em Gestão de Negócios pela Facamp; Pós-graduado em Direito Tributário pela EPD; Aluno do curso de Pós-graduação Strictu Sensu (Mestrado) em Direito - Universidade Metodista de Piracicaba/Unimep – Piracicaba/SP. Professor de Direito Civil e Direito Empresarial no Centro Universitário Unimetrocamp.

Victor Hugo Tejerina-Velázquez

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor; Fundador e ex-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMEP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A consolidação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro; 2 Função axiológica e principais funções dos direitos fundamentais; 3 As dimensões dos direitos fundamentais; 4 A propriedade intelectual;

conceito, natureza jurídica, objetivos e previsão legal; 5 A importância da função social atribuída à propriedade intelectual pelo legislador constituinte. 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Uma das principais discussões jurídicas, desde a entrada em vigor da atual Constituição da República, é aquela que diz respeito à natureza jurídica propriedade intelectual e a função social que lhe foi atribuída pelo legislador constituinte. Frente a tal problemática, o presente artigo tem por objetivo analisar o instituto e fomentar esta saudável discussão, já que mesmo possuindo características estritamente patrimoniais, a propriedade intelectual poderá ser utilizada, não só como uma ferramenta de proteção dos direitos fundamentais, mas, também, para impulsionar o desenvolvimento sócio/econômico do país. Para tanto, adotou-se como principal método de trabalho a releitura das obras doutrinárias de autores como Joaquim Gomes Canotilho, Luigi Ferrajoli, Ingo Wolfgang Sarlet, Victor Hugo Tejerina-Velázquez, Armando Zanin Neto, Newton Silveira, Eduardo Altomare Ariente, Liliana Minardi Paesani, dentre outros. Após se estudar, de uma maneira geral, as origens, as dimensões e a base axiológica dos direitos fundamentais, a pesquisa dedicou especial atenção ao instituto da propriedade intelectual e a função (socialmente relevante) que lhe foi conferida pelo texto constitucional. Ao final, além de confirmar a importância da propriedade intelectual para fins de transformações sociais, este estudo também identificou a necessidade de o jurista nacional ingressar no debate sobre o tema, já que conceber o instituto apenas como um simples “direito patrimonial”, um simples “privilégio de seu titular” em nada contribuiria para proteção dos direitos fundamentais, nem tampouco para a melhoria da qualidade de vida da nação.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Propriedade Intelectual. Função Social. Direitos Fundamentais. Desenvolvimento Socioeconômico.

ABSTRACT: One of the main legal discussions, since the entry into force of the current Constitution of the Republic, is that concerning the legal nature of intellectual property and the social function assigned to it by the constituent legislator. Faced with this problem, the objective of this article is to analyze the institute and promote this healthy discussion, since even though it possesses strictly patrimonial characteristics, intellectual property can be used, not only as a tool for the protection of fundamental rights, but also, to boost the socio-economic development of the country. The main method of work was to re-read the doctrinal

works of authors such as Joaquim Gomes Canotilho, Luigi Ferrajoli, Ingo Wolfgang Sarlet, Victor Hugo Tejerina-Velázquez, Armando Zanin Neto, Newton Silveira, Eduardo Altomare Ariente, Liliana Minardi Paesani , among others. After studying, in a general way, the origins, dimensions and axiological basis of fundamental rights, the research devoted special attention to the institute of intellectual property and the (socially relevant) function conferred on it by the constitutional text. In the end, in addition to confirming the importance of intellectual property for the purpose of social transformation, this study also identified the need for the national jurist to enter the debate on the subject, since to conceive of the institute only as a simple “patrimonial right”, a simple “Privilege of its holder” would in no way contribute to the protection of fundamental rights, nor to the improvement of the quality of life of the nation.

KEYWORDS: Federal Constitution. Intellectual Property. Social Function. Fundamental Rights. Socioeconomic Development.

INTRODUÇÃO

Um dos debates mais incessantes entre os juristas brasileiros é aquele dedicado à natureza jurídica propriedade intelectual e a função social que lhe foi atribuída pela Constituição de 1988.

Diante de tal cenário, o presente trabalho tem por objetivo analisar as características do instituto e, via de consequência, fomentar a discussão sobre a sua utilização como forma de proteção dos direitos fundamentais previstos no catálogo constitucional e para o desenvolvimento sócio/econômico do país.

Para tanto, adotou-se na presente pesquisa o método dedutivo, porquanto, partiu-se de uma análise geral da teoria dos direitos fundamentais, para logo se estudar, num segundo momento, o instituto da propriedade intelectual previsto no ordenamento nacional.

Como marco teórico, este artigo se valeu da releitura de autores como Joaquim Gomes Canotilho, Luigi Ferrajoli, Ingo Wolfgang Sarlet, Victor Hugo Tejerina-Velázquez, Armando Zanin Neto, Newton Silveira, Eduardo Altomare Ariente, Liliana Minardi Paesani, merecendo destaque as obras de Fabiano Teodoro Rezende de Lara(LARA, 2014, p. 355-331) e de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau(MACKAAY; ROUSSEAU, 2015) que trouxeram à pesquisa o enfoque da análise econômica do direito para o tema proposto.

A primeira parte deste trabalho foi dedicada ao estudo da construção histórica dos direitos fundamentais e a sua sistematização no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, foi estudado seu fundamento axiológico, suas principais funções e dimensões. Na sequência a atenção se voltou para a propriedade intelectual e a pesquisa trouxe a lume o conceito, a natureza jurídica e principais objetivos, ocasião em que se apontou as principais normas (leis, decretos, resoluções, etc.) que regulamentam o instituto no ordenamento nacional.

Em sua última parte, este artigo analisou a função social que o legislador constitucional atribuiu à propriedade intelectual e a sua importância no desenvolvimento social e econômico da nação.

Ao final, além de se constatar a importância do instituto para fins de transformações sociais, este estudo também identificou a necessidade de jurista brasileiro ingressar no debate sobre tema, já que conceber a propriedade intelectual apenas como um simples “direito patrimonial”, um simples “privilégio de seu titular” em nada contribuiria para proteção dos direitos fundamentais, nem tampouco para a melhoria da qualidade de vida do cidadão brasileiro.

Logicamente, não se buscou a realização de uma análise teórica que se esgota em si mesma; pretendeu-se, pelo contrário, não só contribuir para a discussão sobre a relação de dependência existente entre os direitos fundamentais e a propriedade intelectual, mas também fornecer subsídios para a atividade acadêmica, jurisprudencial e, especialmente aquela preocupada com a proteção daquele tipo de modalidade normativa e desenvolvimento econômico/social.

1 A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos denominados “fundamentais” são, na verdade, fruto de revoluções e de grandes movimentos sociais ocorridos durante a história da humanidade.

Sérgio Pinto Martins (2007, p. 06) considera que esta modalidade normativa representa uma “conquista histórica e política” da sociedade.

A maioria dos historiadores atesta que a primeira fagulha, daquilo que depois viria a ser denominado “direitos fundamentais”, pode ser encontrada na Carta de João Sem-Terra (1205):

É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente, no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da Magna Carta Libertatum, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos 'direitos' consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia de propriedade. (SARLET, 2015, p. 41)

No entanto, seria na França, mais precisamente em 27.08.1789 – ocasião em que a Assembleia Constituinte aprovou a “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão” – que os direitos fundamentais seriam elevados ao “status” que possuem até os dias atuais.

Paulo Bonavides (2016, p. 576), ao apreciar o conteúdo daquela declaração de direitos, assim se manifestou:

Constatou-se, então, com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimir, eram ali 'direitos naturais, inalienáveis e sagrados', direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e as resistências à opressão.

Ainda em relação aos marcos históricos deste tipo de modalidade normativa, deve-se fazer referência às Constituições do México (1917) e a da República de Weimar (1919) onde os direitos sociais receberam maiores cuidados por parte dos legisladores daqueles países.

Após as atrocidades ocorridas na segunda guerra mundial, a Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 10.12.1948, aprovou a

“Declaração Universal dos Direitos Humanos”, considerado, atualmente, o mais amplo documento criado em favor da humanidade:

A declaração de 1948 foi um marco na evolução dos direitos humanos, pois serviu de divisor entre o conteúdo, meramente declaratório, registrado nas declarações direitos humanos e a conquista da força normativa, com a constitucionalização desses direitos. Inúmeras Constituições do pós-guerra adotaram-na como fonte de inspiração. (MUNIZ, 2010, p. 144)

No ordenamento jurídico brasileiro, tal qual ocorrido no continente europeu, os direitos fundamentais foram se consolidando ao longo do tempo, sendo a Constituição Imperial (1824) a primeira a subjetivá-los e a positivá-los:

As constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país. Já observamos, antes, que a primeira constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1831, a que se tem dado tal primazia. (SILVA, 2012, p. 170)

Contudo, foi a atual Constituição da República quem concedeu tratamento privilegiado aos direitos fundamentais, transcrevendo-os em seus artigos iniciais, considerando-os, inclusive, como cláusulas pétreas:

Já partindo para o texto constitucional propriamente dito, percebe-se que o constituinte preferiu uma posição tográfica privilegiada aos direitos fundamentais, colocando-os ao logo nos artigos iniciais da Constituição (arts. 5º ao 17). Houve, nesse ponto, uma quebra da tradição constitucional brasileira, já que historicamente, as Constituições anteriores colocavam os direitos fundamentais nos capítulos finais do texto constitucional, após a disciplina da organização dos poderes e da divisão de competências. Agora, nunca simbólica demonstração de prestígio, os direitos fundamentais abrem a Constituição de 88. E mais: eles foram considerados como cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser abolidos nem mesmo por meio de emendas constitucionais (art. 60, § 4º, inc. IV). (MARMELSTEIN, 2016, p. 65)

Nota-se no texto constitucional a inexistência de qualquer tipo de discriminação a direitos desta natureza, o legislador conferiu um tratamento isonômico, conferindo a todos a mesma proteção “Com efeito, verifica-se que a Constituição de 1988 tratou de forma isonômica todos

os direitos fundamentais por ela consagrados, não criando mecanismos específico para proteção judicial de apenas determinado grupo de direitos fundamentais" (SARLET, 2015, p. 115).

Como se constata, a Constituição vigente privilegiou a proteção aos direitos fundamentais, configurando-os, praticamente, como base imutável de todo o ordenamento nacional.

Apresentados os principais fatos da história que marcaram o desenvolvimento e o interesse pela proteção desta modalidade normativa, torna-se possível, agora, discorrer sobre o seu conceito; os seus objetivos; suas funções e fundamento axiológico.

2 FUNDAMENTO AXIOLÓGICO E PRINCIPAIS FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não obstante que "o conceito dos direitos humanos é difícil de ser apreendido nas suas múltiplas facetas: político, ideológico, filosófico e jurídico, pois a cada uma dessas dimensões correspondem discursos específicos em aparência inconciliáveis, pois se situam em planos diferentes" (Tejerina Velázquez e Gonzalez, 2012, p. 89), Joaquim Reis Novais (2015, p. 73) é taxativo ao escrever que o fundamento axiológico dos direitos fundamentais seria a própria dignidade humana:

A dignidade da pessoa humana pode, então, ser percebida como fundamento da consagração constitucional de um elenco constitucional de direitos fundamentais destinados a assegurar a autonomia, a liberdade e uma vida condigna a todos os cidadãos (incluindo-se potencialmente nesse elenco os direitos de liberdade, de igualdade, de participação política e os direitos sociais), que o Estado e os poderes públicos ficam obrigados a respeitar e a observar, não quanto liberalidade, não quanto autolimitação livremente assumida, mas quanto vinculação jurídica de que, se o Estado pretender reivindicar para si mesmo a qualificação como Estado de Direito não se pode isentar.

George Marmelstein (2016, p. 16-17) comunga do mesmo entendimento do doutrinador lusitano:

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais possuem um inegável conteúdo ético (aspecto material). Eles são valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse contexto, eles estão intimamente

ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Afinal, em um ambiente de opressão não há espaço para a vida digna. A dignidade humana é, portanto, a base axiológica destes direitos.

Bonavides (2015, p. 575) atesta que a razão de existir desses direitos é a de “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana [...]”.

Ingo Sarlet (2015, p. 102) também reconhece neste princípio o núcleo axiológico dos direitos fundamentais:

Inicialmente cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe concedida dignidade.

[...]

Além disso, como já sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade. Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao artigo 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.’

Diante do paradigma doutrinário apontado, torna-se mais fácil a compreensão em relação à definição e às funções desses direitos.

Luigi Ferrajoli (2009, p. 19), os classificou como sendo aqueles direitos subjetivos de todos os seres humanos, cidadãos ou pessoa com capacidade para trabalhar:

[...] son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas com capacidad para obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscripta a um sujeto, prevista asimismo por uma norma jurídica positiva, como

pressuposto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercido de éstas.

Oscar Vilhena Vieira (2017, p. 31) assevera que por direitos fundamentais poderia se entender “a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos em uma determinada ordem constitucional”.

Marmelstein (2016, p. 18) afirma que são “normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito”.

Do mesmo entendimento comunga Carlos Simões (2013, p. 224) ao reconhecer, no princípio, além de seu “valor político”, a sua força diretriz:

A dignidade é instituída como um valor político fundamental, pois é, politicamente que se manifestam os conflitos sociais e se criam as condições institucionais para a efetividade dos direitos sociais.

[...]

Expressa, portanto, determinados limites (negativamente) e prerrogativas (positivamente) de contudo, tanto no âmbito da ação estatal quanto no da sociedade civil, por meio da instituição de um complexo de valores limitativos e prerrogativas a serem asseguradas à pessoa, em qualquer situação.

No tocante às suas funções, é Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 407) quem lembra que a “primeira função dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos).”

Em todos os posicionamentos mencionados , se encontra uma unanimidade no que diz respeito às funções desse tipo de modalidade normativa, já que os todos doutrinadores pesquisados afirmam que os direitos fundamentais: (i) embasam o ordenamento jurídico de um país; (ii) garantem, através de ações omissivas ou comissivas pelo Estado, a “liberdade” e a “segurança” dos cidadãos (nacional ou estrangeiro, individual ou coletiva) e (iii) asseguram a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana junto à sociedade ou à nação.

Conhecidos o conceito e as suas principais funções; sabendo-se, ainda, que o princípio da dignidade humana é o principal esteio axiológico dos direitos fundamentais, torna-se mais fácil compreender a classificação de suas dimensões, próximo assunto a ser abordado neste trabalho.

3 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Paulo Bonavides (2015, p. 577), seguindo a classificação apresentada por Karel Vasak na aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, na cidade de Estrasburgo em 1979 – afirma que direitos fundamentais da primeira geração corresponderiam àqueles denominados “civis e políticos”, tendo por fundamento a liberdade:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, aquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

Por sua vez, Sarlet (2015 p. 47-48) atesta que os direitos da segunda geração seriam aqueles que teriam por parâmetro a igualdade, ou seja, os direitos de natureza social, econômica e cultural, bem como o coletivo e das coletividades:

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais.

Diferentemente daqueles situados na primeira geração, que tem por objetivo a estrita proteção do cidadão, estes, ao contrário, impõem (*prima facie*) ao Estado um dever de prestação, uma obrigação de fazer, “os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do

particular obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)" (CANOTILHO, 2003, p. 408).

Paulo Gilberto Gogo Leiva (2006, p. 89) os define como sendo direitos:

A prestações fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional.

Fato é, que os direitos sociais de caráter prestacional são frutos da conquista de classes menos favorecidas ao longo da história, estando intimamente ligados ao princípio da dignidade humana:

Já os direitos sociais de cunho prestacional (especialmente compreendidos como direitos a prestações fáticas) encontram-se por sua vez a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material, mas especialmente (e além disso), buscando assegurar uma existência com dignidade, constatação esta que, em linhas gerais, tem servido para justificar um direito fundamental (mesmo não expressamente) positivado, como já demonstrou a experiência constitucional estrangeira a um mínimo existencial, compreendido aqui – de modo a guardar sintonia – com o conceito de dignidade proposto nesta obra – não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (caso de um mínimo apenas vital), mas sim, bem mais do que que isso, ou seja, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável como deflui do conceito de dignidade adotado nesta obra, ou mesmo daquilo que os outros tem designado como uma vida boa. (SARLET, 2015, p. 136-137)

Por sua vez, os direitos da terceira geração seriam aqueles vinculados à ideia de fraternidade (solidariedade), tais quais o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, "muitos consistentes nos chamados direitos difusos e coletivos, transindividuais, os quais têm como objeto a proteção do ser humano e, não apenas de determinado indivíduo ou do Estado em favor da coletividade" (RICHARD PAE KIM, 2012. p 14).

Alguns juristas, dentre os quais se destaca, mais uma vez, Bonavides (2015. p. 585-586; 606), defendem a existência de uma quarta geração e até

mesmo de uma quinta geração (direito à paz) aqueles assim considerados direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Contudo, o termo “gerações” vem sendo objeto de inúmeras críticas pela doutrina, pois, segundo alguns autores, poderia levar a incorreta ideia de substituição gradativa, de uma geração por outra, daí Marmelstein (2016, p. 55-56) sugerir o uso da expressão dimensões:

A expressão geração de direitos tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e estrangeira, pois o uso do termo geração pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração para outra, o que é um erro, já que, por exemplo, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante.

Além disso, a expressão pode induzir a ideia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente. Isso, obviamente, dificulta bastante o reconhecimento de novos direitos, sobre em países ditos periféricos (em desenvolvimento) onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos da chamada ‘primeira geração’.

Em razão de todas dessas críticas, a doutrina tem preferido o termo dimensões no lugar de gerações, afastando a equivocada ideia de sucessão, em que uma geração substituía a outra.

Diante dos estudos doutrinários mencionados, será utilizado, doravante, a expressão “dimensão” ao invés de “geração”.

Feitas as considerações que se faziam necessárias sobre os direitos fundamentais, entende-se que, de agora, em diante, ficará mais fácil de se compreender a importância do instituto da propriedade intelectual para fins de proteção desta modalidade normativa e para o desenvolvimento sócio/econômico do país.

4 A PROPRIEDADE INTELECTUAL: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, OBJETIVOS E A SUA PREVISÃO LEGAL

Ao iniciar qualquer tipo de pesquisa sobre a propriedade intelectual, o leitor poderá constatar que o referido instituto sempre esteve presente na história da humanidade, ou melhor dizendo, é um atributo do ser

humano, pois, tem no “Homem” a sua própria origem, a sua própria razão de existir:

Não há como contar a história da raça humana sem mencionar descobertas e inovações que resultaram da criatividade do intelecto humano culminando no atual estágio de desenvolvimento de nossa civilização. Foi com esse diferencial que a humanidade alcançou o atual nível de desenvolvimento tecnológico e de qualidade de vida. (ZANIN NETO, ARMANDO. TEJERINA VELÁZQUEZ, VICTOR HUGO, 2012, p. 246)

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2015, p. 295) a compreendem “um conjunto de direitos, cada qual conferido ao titular controle exclusivo, de acordo com modalidades específicas e por período limitado, de um bem intangível, resultante da criatividade humana.”

Eduardo Altomare Airente (2015, p. 84) classifica o instituto como “a somatória dos direitos industriais, autorais e cultivares, que atribuem aos seus titulares monopólios temporários sobre a exploração comercial de certa criação humana”.

Já Liliana Minardi Paesani (2015, p. 01) afirma que “o termo propriedade intelectual acabou se internacionalizando e se aplica à área do conhecimento que envolve tanto as patentes quanto os desenhos industriais, direitos do autor, marcas, etc.

Tejerina Velázquez e Surita dos Santos (2013), entendem que:

Uma das principais pretensões dos direitos sociais é garantir que ninguém se encontre abaixo do mínimo existencial e que todos possam gozar de uma vida digna, não mais bastando que as normas constitucionais que prevejam direitos individuais fundamentais sejam apenas consideradas programáticas e sem qualquer efeito imediato. A extrema valorização da propriedade intelectual vem impedindo a difusão do próprio conhecimento e das tecnologias relacionadas com a esfera de medicamentos, afetando a saúde de milhões, ou até mesmo de bilhões, de pessoas com a criação de uma série de obstáculos à sua distribuição, na maioria das vezes por motivos meramente econômicos.

Fabiano Teodoro Rezende de Lara (2014, p. 357), a define como “um direito sobre um bem imaterial, um ativo intangível, submetido a regras que disciplinam o exercício desse direito no tempo e no espaço”.

Mackaay e Rousseau (2015, p. 311) asseveram, ainda, que se trata de instituto excepcional, pois, “não aparecem senão em casos especificadamente reconhecidos, sendo o regime básico a livre circulação da informação”.

Na mesma linha de pensamento das professoras de Montreal, encontra-se Bruno Jorge Hammes (2002, p.17-18):

O Direito da Propriedade Intelectual é considerado hoje, o conjunto de disciplinas relativamente novas que foram incluídas em diversas áreas do Direito com as quais apresentam certa afinidade.

[...]

São abrangidos pelo direito da propriedade: o direito do autor, o direito da propriedade industrial (direito do inventor, de marcas, de expressões e sinais de propaganda, a concorrência desleal) e direito antitruste ou repressão ao abuso de poder econômico”

Frente aos posicionamentos doutrinários apresentados até aqui, é possível entender a propriedade intelectual como um feixe ou uma pléiade de direitos muito específicos, vinculados ao conhecimento e a cultura de uma determinada sociedade.

Porém, cumpre indagar a quais questões, quais conflitos de interesses poderiam ser regulamentados pelo instituto? Ou seja, qual a sua abrangência?

A resposta pode ser encontrada na classificação conferida pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) que a dividiu em duas grandes categorias: (i) a propriedade industrial que corresponderia às patentes, marcas, desenhos industriais, indicação geográfica e proteção de cultivares e (ii) direitos autorais que equivaleriam a trabalhos literários, filmes, músicas, programas de computadores, etc.

Ressalta-se, ainda, que divisão apresentada torna mais fácil a compreensão de sua natureza jurídica, pois, em que pese se tratar de direito incidente sobre bem incorpóreo, tanto a exclusividade, quanto os privilégios conferidos ao seu titular (oponível a terceiros) oferecem ao instituto contornos estritamente patrimoniais:

No direito de propriedade industrial, esta face positiva pode ser compreendida como direito que o titular da patente tem de explorá-la no território onde se encontra protegida, bem como impedir terceiro,

sem o seu consentimento, produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o produto objeto de patente e o processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. (ZANIN NETO, ARMANDO. TEJERINA VELÁZQUEZ, VICTOR HUGO, 2012, p. 251)

Segundo o entendimento de Lara (2014, p. 362), ao se compreender o caráter patrimonial do instituto, torna-se mais fácil identificar os seus objetivos:

A propriedade intelectual tem por objetivo a criação de mecanismos de estimula a produção de inovações e de ideias produtivas e, em última análise, a promoção de um ambiente de desenvolvimento econômico. A obra intelectual é o elemento central do desenvolvimento e do crescimento econômico. O direito de propriedade intelectual ao servir de estímulo à produção de inovações, funciona como importante ferramenta de desenvolvimento econômico.

Vê-se, nitidamente que a propriedade intelectual tem por finalidade não só a garantia do uso, gozo e fruição de seu titular, mas, principalmente, a utilização deste direito patrimonial como forma de se alcançar o desenvolvimento econômico e social da nação, daí a sua estreita ligação com direitos fundamentais.

Tanto é verdade que, mesmo não possuindo características semelhantes (natureza jurídica e base axiológica) daquelas encontradas nos direitos fundamentais, o legislador constituinte inseriu o instituto no artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX, da Constituição Federal:

Percebe-se, portanto, que o objetivo manifesto de o Estado brasileiro conferir direitos de propriedade industrial não é outro senão fomentar o nosso desenvolvimento tecnológico e econômico, tendo em vista o interesse social. (ARIENTE, 2015, p. 89)

Contudo, a atual Carta não foi a primeira a estabelecer uma proteção ao instituto, já que desde a Constituição Imperial (1824), a propriedade intelectual vem sendo prestigiada no ordenamento jurídico nacional:

A tutela da Propriedade Intelectual em sede da Constituição é da tradição nacional. A Constituição Imperial Brasileira de 1824 previa a proteção da Propriedade Intelectual e a matéria esteve inserida no capítulo dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. (PAESANI, 2015, p. 09)

Porém, segundo Paesani (2015, p. 09), foi na Constituição de 1967 em o legislador introduziu as mais significativas modificações, até então, conferidas à propriedade intelectual:

A Constituição de 1967 introduziu significativas alterações no regime constitucional da Propriedade Intelectual:

Garantia do privilégio temporário de utilização de inventos industriais para o autor, inclusive marcas e nome.

Possibilidade de desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social, sem justo prêmio, no caso de propriedade industrial.

Direito do autor transmissível por herança e pelo tempo que a lei determinar.

Assim, a partir do impulso constitucional de 1967, o instituto passou a ser regulamentado com maior ênfase no ordenamento infraconstitucional, destacando-se, dentre outros os Decretos nºs. 75.699/75¹; 81.742/78²; 1.263/1994³; 1.355/1994⁴; as Lei nºs. 9.279/96⁵; 9.456/97⁶; 9.609/98⁷; 9.610/98⁸; 10.603/04⁹; 10.973/04¹⁰ e a Resolução INPI nº 04/2013¹¹.

Pelo número de leis, decretos mencionados, além da resolução citada, nota-se uma incessante atividade normativa do Estado em relação à propriedade intelectual, circunstância que, por si só, demonstra, não só uma preocupação, mas, também, uma clara intervenção no setor

1 Promulga a Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, de 09.09. 1886, revista em Paris, em 24.06.1971.

2 Promulga o Tratado de cooperação em matéria de patentes (PCT).

3 Ratifica a declaração de adesão aos artigos 1º a 12 e ao artigo 28, alínea 1, do texto da revisão de Estocolmo da Convenção de Paris para a proteção da propriedade industrial.

4 Promulga a ata final que incorpora os resultados da rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT.

5 Regula direitos e obrigações referentes a propriedade industrial.

6 Institui a lei de proteção de cultivares.

7 Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País (Lei do “software”)

8 Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais.

9 Dispõe sobre a informação não divulgada submetida para aprovação da comercialização de produtos.

10 Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

11 Promulga o código de conduta e ética profissional do agente da propriedade intelectual.

privado, como forma de se assegurar o desenvolvimento econômico e social do país.

Trata-se, no dizeres de Eros Grau (2015, p. 143), de uma “intervenção por direção”, onde o Estado elabora “mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito”, que tem como finalidade fiscalizar, incentivar ou regulamentar os diversos institutos de direito – incluindo-se, neste rol, a propriedade intelectual – para os fins previstos na Constituição (valorização do trabalho humano, livre iniciativa, justiça social, etc).

Logicamente não se pode ver esta forma de atuação governamental como algo prejudicial aos princípios da “propriedade privada” e “livre concorrência” (estabelecidos nos incisos II e IV, do artigo 170¹², da Constituição da República), pois, é através de sua atividade normativa (art. 174, CF¹³) que o Estado consegue equilibrar os interesses individuais e sociais:

Em ambos os casos, tanto positiva quanto negativamente, a intervenção estatal pode se dar de maneira limitadora ou impulsionadora. A maneira limitadora traduz em todos os seus deveres legalmente estabelecidos que determinam que o indivíduo deva agir ou deixar de agir de determinada forma. No direito de propriedade industrial esta intervenção limitadora pode ser compreendida como o limite temporal que a lei determina para a patente de invenção. A maneira impulsionadora implica no Estado para a garantia dos direitos de exclusividade do proprietário.

Além desta, a intervenção limitadora pode ser traduzida também na concessão de licenças compulsórias por abuso de direito, bem como na decretação da caducidade da patente por falta de exploração

¹² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todo a existência digna, conforme ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II

II - propriedade privada;

III- função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

VII

VII - redução de desigualdades regionais e sociais.

¹³ art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

desta. (ZANIN NETO, ARMANDO. TEJERINA VELÁZQUEZ, VICTO HUGO, 2012, p. 252)

Trata-se, nos dizeres de Zanin Neto e Tejerina Velázquez (2012, p. 252) de verdadeira técnica de governabilidade viabilizada pelo instituto em estudo “para defender os interesses do país perante avanços tecnológicos permitidos pela Pesquisa e Desenvolvimento, mas protegidos pelo direito”.

Destaca-se, ainda, que a regulamentação da propriedade intelectual, através da intervenção estatal, é de suma importância, pois, do contrário, não haveria garantia para nenhuma das partes; nem para o criador/inventor e, muito menos para a sociedade, que estaria à mercê a toda sorte de abusos:

A inexistência de um regime de proteção à produção intelectual poderia levar a uma situação em que os gastos com pesquisa e desenvolvimento não compensassem a riqueza produzida pela produção intelectual. Se qualquer um pudesse se apropriar dos esforços e investimentos do agente inovador, não haveria motivo para fazer o arriscado investimento em inovações. Nessa situação, não haveria estímulo eficiente à produção de inovações, e como foi analisado, não haverá desenvolvimento. (LARA, 2014, p. 362)

Em que pese não haver dúvida quanto à importância da atuação normativa do Estado – haja vista a força dos argumentos apresentados até aqui – cumpre questionar qual seria o fundamento legal para esse de intervenção?

O que permitiria ao Estado criar regras (incentivo ou limitações) para o exercício da propriedade intelectual?

Acredita-se que a resposta mais adequada possa se encontrada no próprio texto constitucional, qual seja, a sua função social (artigos 5º, XXI¹⁴ e 170, III, CF), próximo tema a ser estudado neste trabalho.

¹⁴ art. 5º CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

5 A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL ATRIBUÍDA À PROPRIEDADE INTELECTUAL PELO LEGISLADOR CONSTITUINTE

Conforme estudado no item anterior, o Estado brasileiro tem na função social da propriedade uma de suas licenças constitucionais para intervir na ordem econômica do país:

[...]

O Estado, portanto, atuando junto à economia deve criar as condições para a geração de trabalho, de modo que o indivíduo esteja inserido no mercado e o seu trabalho valorizado; afinal é por meio do trabalho que o indivíduo de forma digna participará da repartição das riquezas dentro do mercado. O trabalhador também é consumidor, fazendo a riqueza circular. Da mesma forma, o Estado deve criar todas as condições para a livre iniciativa atuar nos mercados, conferindo não só a segurança jurídica necessária para o indivíduo empreender, mas também toda a infraestrutura necessária para estimulá-lo a empreender e, com isso, promover a circulação das riquezas. Com esses fundamentos respeitados e respeitando-se os princípios da ordem econômica, tais como propriedade privada e função social, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente, assegura-se a existência digna e promove-se a justiça social, ou seja, que cada indivíduo possa dignamente exercer uma atividade laboral ou empreender e consequentemente participar da repartição das riquezas geradas e circuladas no mercado, fazendo-se assim justiça para a consagração do bem comum. (BAGNOLI, 2013, p. 77)

Portanto, é em decorrência deste papel transformador (atribuído à propriedade) que Estado pode criar os incentivos ou as limitações para o exercício do instituto (direito patrimonial) perante a sociedade:

Ao disciplinar a função social da propriedade, a Constituição pretende que o titular do domínio exerça conduta não apenas negativa, mas positiva em prol da realização dos interesses sociais eleitos pelo Constituinte que são indispensáveis para estruturação de uma sociedade mais justa e solidária. (SANTOS; MENDES, 2015, p. 211)

Para Ariente (2015, p. 235) essa função prevista no texto constitucional corresponde a verdadeira “contrapartida social” de “dever incidente sobre a riqueza e atividades lucrativas”, geradas pela propriedade intelectual.

Zanin Neto e Tejerina Velázquez (2012, p. 259) afirmam que a propriedade intelectual tem um papel legal muito maior do que a simples proteção aos interesses individuais do autor da obra, do detentor da patente, uma vez que a mesma também deve ser direcionada em benefício da sociedade:

Transportando a extensão do conceito da função social para a propriedade intelectual, conclui-se que o conhecimento humano, ou seja, a inventividade, deve ser destinada também para a promoção do bem-estar social, além de atender aos interesses individuais.

Tem-se, assim, na função social um verdadeiro delineador do uso, gozo e fruição da propriedade intelectual, verdadeira inibidora de abusos e, de outro lado incentivadora de benefícios sociais, tais como saúde, educação, moradia, daí a sua importância para a garantia e concretização dos direitos fundamentais.

O Superior Tribunal de Justiça declarou em 2010 que: “direitos de propriedade industrial devem ter como norte, além do desenvolvimento tecnológico e econômico do país, o interesse social. Vale assinalar, outrossim, que, na aplicação da lei, o juiz deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (STJ, 2010).

Não há dúvidas de que através de normas de incentivo delineadas em razão de seu papel social, o instituto poderá ser utilizado de forma harmoniosa, garantido os direitos e uma justa remuneração ao inventor, além de promover melhorias sociais através da aplicação da inovação na sociedade:

O sistema de propriedade intelectual tem que cumprir sua função social e ser usado em benefício da sociedade, diminuindo desigualdades e gerando novas oportunidades de negócios. Para isso, é preciso que o governo, universidades centros de pesquisa e setor produtivo atuem de forma articulada e solidária, sendo este o caminho para diminuir o abismo que separa o Brasil das nações mais industrializadas. (ZANIN NETO, ARMANDO. TEJERINA VELÁZQUEZ, VICTOR HUGO, 2012, p. 261)

Enfim, é impossível negar a estreita relação existente entre os direitos fundamentais e a propriedade intelectual, pois, é através do exercício consciente deste instituto que se poderá atingir os fins previstos pelo legislador constitucional, qual seja, garantir a propriedade privada, a livre concorrência, o desenvolvimento econômico sustentável e social.

Contudo, se esse mesmo legislador não tivesse atribuído à propriedade intelectual esta função (socialmente) relevante, talvez a erradicação da pobreza e da miséria não se tornasse possível.

Daí que, a discussão sobre a função social da propriedade intelectual não é assunto apenas de preocupação regional, mas também, internacional, segundo entendimento sedimentado pela própria Organização das Nações Unidas (ONU):

O tema central do debate, segundo as Nações Unidas é saber qual o efeito das normas de propriedade intelectual, de modo particular das patentes e dos direitos do autor, sobre a capacidade que têm os Estados para cumprir com as obrigações contraídas em virtude da normativa internacional de direitos humanos, como a obrigação de garantir o acesso a medicamentos acessíveis, a uma alimentação adequada e ao material educativo. (ZANIN NETO ARMANDO. TEJERINA VELÁZQUEZ, VICTOR HUGO, CONPEDI, 2012, p. 6.)

Vê-se, assim, a necessidade de o jurista brasileiro conhecer melhor o instituto da propriedade intelectual e a importância de sua função social, pois, compreendê-la apenas como um simples “direito patrimonial”, um simples “privilégio de seu titular” em nada contribuiria para garantia dos direitos fundamentais, nem tampouco para a melhoria da qualidade de vida da nação.

6 CONCLUSÃO

Através da pesquisa realizada, ou seja, estudando-se a história e as características dos direitos fundamentais e, depois se dedicando à análise do instituto da propriedade intelectual (conceito, a natureza jurídica, os objetivos, a sua previsão no ordenamento nacional); foi possível identificar, não só, a suas características tradicionais, mas, também, a sua relevante função social e econômica para a sociedade moderna.

Em razão do presente estudo, restou evidente a estreita relação existente entre os direitos fundamentais e a propriedade intelectual, pois, através do exercício consciente deste instituto se poderá atingir o desenvolvimento social e econômico do país.

No entanto, também se pode constatar que, se legislador constituinte não tivesse atribuído à propriedade intelectual uma função socialmente relevante, talvez a o equilíbrio entre os interesses econômicos e sociais não passaria de simples utopia.

Enfim, além de confirmar a importância da propriedade intelectual para fins de transformações sociais, este estudo também identificou a necessidade de o jurista nacional ingressar no debate sobre o tema, já que conceber o instituto apenas como um simples “direito patrimonial”, um simples “privilégio de seu titular” em nada contribuiria para proteção dos direitos fundamentais, nem tampouco para a melhoria da qualidade de vida da nação.

REFERÊNCIAS

- ARIENTE, Eduardo Altomare. *A função social da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. STJ. *AgRg no AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 1.103.728 - RJ (2008/0225943-4)*, 13/10/2010. In: agu.gov.br/page/download/index/id/2757727.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4. ed. Madri: Trotta, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

KIM, Richard Pae. Titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos (p. 11-24). In: I – KIM, Richard Pae.; II – BARROS, Sérgio Resende de.; III – KOSSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. (orgs.). *Direitos fundamentais coletivos e difusos: Questões sobre fundamentalidade*. São Paulo: Verbatim, 2012.

LARA, Fabiano Teodoro Rezende. Análise econômica da propriedade intelectual. (p. 355-381). In: TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

LEIVA, Paulo Gilberto Gogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlhas, 2015.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, José Luiz Bolzan. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e direitos fundamentais*. v.1, Coimbra: Almedina, 2015.

PAESANI, Liliana Minardi. *Manual de propriedade intelectual: direito de autor, direito da propriedade industrial, direitos intelectuais sui generis*. 2. ed. São Paulo: Atlhas, 2015.

SANTOS, Débora Pereira; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social (p. 98-124). In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. 2^a Tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 10. ed. 2^a Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o estado social e o estado democrático de direito*. São Paulo: Cortez, 2013.

TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo; GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. Direitos de Autor e Direitos Humanos. In: TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo; GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici (Coords). *Direitos Humanos, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____; ZANIN NETO, Armando. Direitos Humanos e Propriedade Intelectual. CONPEDI. *XXI Congresso Nacional. Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: UFF, FUNJAB, 2012, p. 178-209. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=78679495fe70bfa4>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

_____; SURITA DOS SANTOS, Antonio Ricardo. A natureza não fundamental da propriedade intelectual e as violações ao direito à saúde. *XII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0a90c1fdd4b06c08>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ZANIN NETO, Armando; TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo. Função social da propriedade intelectual e desenvolvimento social brasileiro (p. 245-263). In: TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina, GONZALES, Everaldo Tadeu Quilici (Coords). *Direitos humanos, propriedade intelectual e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2012.