

REVISTA DA  
**AGU**

volume 18 nº 04 - Brasília-DF, out./dez. 2019

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

Revista da AGU	Brasília	v. 18	nº 04	p. 1-300	out./dez. 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
Vlória Pompeu Silva	Corregedora-Geral da Advocacia da União
Daniilo 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

Daniilo 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-EDITOR**

### **VICTOR GUEDES TRIGUEIRO**

Coordenador da Pós-graduação da Escola da AGU. Doutorando em Direito no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e Mestre em Direito, Estado e Constituição, pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Processual Civil na Pós-Graduação do IDP, da Escola da Advocacia-Geral da União. Advogado da União.

## **EDITORAS ASSISTENTES**

Gláucia Maria Alves Pereira  
Niuza Gomes Barbosa de Lima

## **INDEXAÇÃO EM:**

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

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

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

GOOGLE ACADÊMICO - Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas fontes, num só site.

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

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

# CONSELHO EDITORIAL

## INTERNACIONAIS

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

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

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

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 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,  
ESPANHA)

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

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

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

## NACIONAIS

### REGIÃO NORTE

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

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

**JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO**  
(CESUPA)

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

### REGIÃO NORDESTE

**MONICA TERESA COSTA SOUSA**  
(UFMA)

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

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

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

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA  
(UFPE)**

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

**ARTUR STAMFORD DA SILVA  
(UFPE)**

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

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

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

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR  
(UFBA)**

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

**REGIÃO CENTRO-OESTE**

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

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). 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 FILCHTNER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)**

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em

Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

### **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

### **ANDRÉ DE PAIVA TOLEDO - Escola**

#### **Superior Dom Helder Câmara - MG**

Doutor em Direito pela Université Panthéon-Assas Paris II (Sorbonne). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara.

### **CELSO JEFFERSON MESSIAS**

#### **PAGANELLI - Projuris-FIO/SP**

Doutor em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Professor de Direito na pós-graduação da Projuris-FIO em Ourinhos/SP.

### **CLAUDIO JOSÉ AMARAL BAHIA - ITE/SP**

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Possui mestrado em Direito Constitucional - Instituição Toledo de Ensino. Graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino. Professor - Instituição Toledo de Ensino na graduação e na pós- graduação stricto sensu.

### **DOMINGOS DO NASCIMENTO**

#### **NONATO - UFPA/PA**

Doutorando em Direito com ênfase em Direitos Humanos junto à UFPA. Mestre em Direito com ênfase em Direitos Humanos pela UFPA. Especialista em Metodologia do Ensino de História. Especialista em Direito do Trabalho. Especialista em Educação Inclusiva. Especialista em Saberes Africanos e Afro-brasileiros na Amazônia: implementação da Lei 10.639/2003 (UFPA). Licenciado Pleno e Bacharel em História pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Advogado (OAB/PA).

### **EDILSON VITORELLI DINIZ LIMA**

#### **- Universidade Presbiteriana Mackenzie - DF**

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com Estudos no Max Planck Institute for Procedural Law (Luxembourg).

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor e Orientador Pedagógico na Escola Superior do Ministério Público da União. Procurador da República.

### **EDNA RAQUEL HOGEMANN - UNIRIO/RJ**

Pós-Doutora em Direito-Unesa. Doutora e Mestre em Direito-Ugf. Professora Permanente do Ppgd-Unesa. Coordenadora da Escola de Ciências Jurídicas da UNIRIO-RJ.

### **ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR - UIT/MG**

Pós Doutorando em Direito na PUC-Minas e Pós Doutorando em Economia pela Fumec (Bh-Mg). Doutor Em Direito pela Ufmg. Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais pela Fundação Universidade de Itaúna – Uit/Mg. Advogado.

### **FULVIA HELENA DE GIOIA - UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE - SP**

Doutora em Direito Político Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Teoria do Estado, com concentração em Direito Tributário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

### **HAIDE MARIA HUPFFER - UNIVERSIDADE FEEVALE - RS**

Pós-doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Unisinos. Especialista em Recursos Humanos e Graduada em Direito pela Unisinos. professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e no Curso de Graduação em Direito da Universidade Feevale.

**HELENA KUGEL LAZZARIN -**

**PUCRS**

Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professora Convidada no Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho - PUCRS. Advogada no Escritório de Advocacia Lazzarin Advogados Associados.

**ISABELLA CRISTINA LUNELLI -**

**PPGD/UFSC**

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, área de concentração: Direito, Política e Sociedade (PPGD/UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, área de concentração: Teoria, Filosofia e História do Direito (PPGD/UFSC, Bolsista CAPES). Especialista em Teoria Geral do Direito, pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST - convênio UNIBRASIL), especialista em Direito Administrativo pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e em Direito, pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR/PR).

**JOÃO PAULO ROCHA DE MIRANDA**

**- UFPA/PA**

Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Doutor em Direitos Humanos e Meio Ambiente pela UFPA.

**JONATHAN CARDOSO RÉGIS -**

**UNIVALI/SC**

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e Doctor en Derecho pela Universidade de Alicante (Espanha). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (Univali). Possui Especialização em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul; Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali e Habilitação para o Magistério Superior pela Univali. Professor de Direito Penal, Legislação Especial Penal e Direitos Humanos na Universidade do Vale do Itajaí - Univali.

**JOSE IRIVALDO ALVES OLIVEIRA**

**SILVA - UNIVERSIDADE FEDERAL**

**DE CAMPINA GRANDE/PB**

Pós-Doutor em Desenvolvimento Regional. Doutor em Ciências Sociais. Doutorando em Direito e Desenvolvimento. Pesquisador Produtividade do CNPQ. Mestre em Sociologia. Especialista em Gestão das Organizações Públicas. Especialista em Direito Empresarial.

**LAURO ERICKSEN - UFRN**

Doutor, Mestre e Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Bacharel em Direito pela UFRN.

**LILIANE VIEIRA MARTINS LEAL -**

**UFG/GO**

Doutora em Ciências Ambientais (UFG). Mestre em Filosofia (UFG). Professora Adjunta, Curso de Direito, Universidade Federal de Goiás/Regional Jataí.

**LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO**

**CRUZ - UNINOVE/SP**

Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Mestrado em Direito da Uninove. Professora de Direito Processual Civil no Curso de Graduação na Uninove/SP. Professora convidada dos Cursos de Especialização em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora convidada do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil Na FDSBC/SP.

**MICHELLE SOARES GARCIA -**

**UNIV. DE COIMBRA (FDUC) - PT**

Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Pesquisadora da Universidade de Génova- Itália. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra-PT. Especialista em Docência do Ensino Superior pelo Centro Universitário Barão de Mauá. Professora

convidada de Direito Civil na Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Civil e Prática Civil da Faculdade Católica de Rondônia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Civil, Processo Civil e Segurança Social.

**PAULO FERNANDO DE MELLO FRANCO - UFF/RJ**

Doutorando em Direito e Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Pós Graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - Centro. Professor de Direito Civil, Processual Civil e Econômico em Cursos de Graduação e de Pós-Graduação. Professor Substituto de Direito Civil na Universidade Federal Fluminense - UFF.

**PAULO FERNANDO SOARES PEREIRA - AGU/DF**

Doutorando em Direito, Constituição e Democracia pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR-UFMA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima - UFRR. Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal com exercício no Estado do Maranhão). Professor Universitário.

**ROBERTO JOSÉ COVAIA KOSOP - UFPR/PR**

Doutorando (bolsista CAPES), com foco específico em Epistemologia Ambiental, pelo Programa de Pós-Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento (PPGMADE) da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-Graduado em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS e em Direito Contratual da Empresa pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

**RODRIGO GARCIA SCHWARZ - UNIFIEO/ SP**

Doutor em Direito e em História pela USP. Doutor em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha, com Pós-Doutorado 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, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na Fundación Centro Internacional de Educación Y Desarrollo Humano e na Universidad de Manizales. Professor Doutor do PPGD (Mestrado em Direito) do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO.

**ROGÉRIO PICCINO BRAGA - UNIVERSIDADE DE COIMBRA - PT**

Pós-doutorando no Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra. Doutor 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), Pós-graduado em Direito Municipal.

**RUI MAGALHÃES PISCITELLI - AGU/DF**

Mestre em Direitos Fundamentais. Bacharel em Ciências Contábeis. Especialista em Finanças. Especialista em Processo Civil e Procurador Federal da Advocacia-Geral da União, exercendo, atualmente a função de Consultor da União. Professor de graduação e de pós-graduação em Direito Administrativo. Membro de Bancas de Seleções Públicas e de Comitês Editoriais. Palestrante.

**SERGIO TORRES TEIXEIRA - FDR/UFPE**

Doutor em Direito pela UFPE. Professor Adjunto da FDR/UFPE e Unicap. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Diretor da Escola Superior da Magistratura do Trabalho.

**SONIA DE CARVALHO - UNIVALE/SC**

Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI - SC. Doutora em Direito pela Universidade de Alicante - UA- Espanha. Doctora en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad de la Universidad de Alicante. Mestra em Direito Constitucional Contemporâneo pela - UNISC/RS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Castelo Branco - UCB - RJ. Especialista em Direito Ambiental pela UNOPAR - PR. Especialista em Direito Previdenciário pela UNOPAR - PR.

# AUTORES

## **ADELAIDE CARVALHO FRANÇA**

Pós-graduanda do Curso de Mestrado de Direito Humanos. Advogada-Geral da União - AGU/SE

## **ÁLVARO OSÓRIO SIMEÃO**

Doutorando e Mestre em Direito pelo Uniceub/DF. Professor de Direito Constitucional e Eleitoral - Faculdade Processus/Brasília/DF Advogado da União - AGU/DF

## **AMANDA GABRIELA GOMES DE LIMA**

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Pós-Graduação em Direito Constitucional pela Universidade AnhangueraUniderp. Advogada e professora de Teoria da Constituição e de Teoria do Estado Democrático no CESMAC do Agreste.

## **ANDRÉ ZANCANARO QUEIROZ**

Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). L.LM. in Law and Economics pela George Mason University (EUA). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

## **ANTONIO JORGE PEREIRA JÚNIOR**

Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo de São Francisco (USP). Professor Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). Professor da Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

## **BRUNO JORGE RIJO LAMENHA LINS**

Mestrado em Direito Público pela UFAL. Procurador da República em Paulo Afonso/BA.

## **CARLOS AUGUSTO ALCANTARA MACHADO**

Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFC. Procurador de Justiça do Ministério Público do estado de Sergipe.

Professor Adjunto de Direito Constitucional dos cursos de graduação e Mestrado da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes.

## **EDSON DAMAS DA SILVEIRA,**

Doutor e Mestre em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre em Antropologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de direito da Faculdade Estácio Atual da Amazônia e Faculdades Cathedral de Boa Vista/RR. Professor colaborador do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Professor Efetivo do Mestrado em Segurança Pública e Direitos Humanos da Universidade do Estado de Roraima (UERR). Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Roraima (MPRR) .

## **FÁBIO CAMPELO CONRADO DE HOLANDA**

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-graduando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professor do curso de graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação (Mestrado) em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.

## **GUSTAVO FERREIRA RIBEIRO**

Doutor em Direito pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington (EUA), ex-bolsista Capes/Fulbright. Mestre pela UFSC. Doutorado no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Bacharel em Direito e Ciências da Computação pela UFMG. Professor do Programa do Mestrado.

## **HELENA KUGEL LAZZARIN**

Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professora Convidada no Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho - PUCRS. Advogada.

**HUMBERTO CARDOSO PINTO**

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Internacional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado.

**INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO**

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília. Professor do Doutorado em Direito do Uniceub/DF. Procurador da República aposentado.

**LAURA CAMPOLINA MONTI**

Doutoranda em Direitos humanos, integração e estado plurinacional (PUC Minas). Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia (Universidade FUMEC). Especialista em Direitos Humanos e Cidadania (Instituto DH). Professora do Grupo de Formação em Direitos Humanos promovido pela Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Participação Social e Cidadania - SEDPAC do estado de Minas Gerais.

**LISIANE CRISTINA JECKEL**

Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-Graduada em Marketing pela Escola Superior de Propaganda e Marketing. Advoga na área empresarial com foco em direito ambiental, médico, farmacêutico e contratual.

**LIZZIANE SOUZA QUEIROZ FRANCO DE OLIVEIRA**

Doutorado em Direito - Universidade Federal do Ceará - UFC. Professora na Universidade Federal Rural do Semi-Árido - UFERSA

**MIGUEL WEPAXI WAI WAI**

Ministério Público do Estado de Roraima. Centro Universitário Estácio da Amazônia. Líder Comunitário da Etnia Wai Wai. Estudante de Graduação em Direito do Centro Universitário Estácio da Amazônia e Estagiário do Ministério Público do Estado de Roraima.

**MICHELE ROCHA CORTES HAZAR**

Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS).

**PEDRO ERNESTO NEUBARTH JUNG**

Mestrando em Direito no PPGD da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, atua como pesquisador, mestrando, nesta mesma instituição, nos projetos de pesquisa

**RICARDO CAVALCANTE BARROSO**

Doutor em Direito/UFPE. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/PE. Procurador Federal (AGU)

**SERGUEI AILY FRANCO DE CAMARGO**

Pós-Doutor em Ecologia pelo NEPAM/UNICAMP e pela UNESP/IB - Rio Claro. Pós-Doutor em Agroecologia pela UERR. Doutor em Aqüicultura em Águas Continentais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Mestre em Conservação e Manejo de Recursos pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Professor Titular I, em regime de tempo parcial, do Centro Universitário Estácio Vista, RR. Professor horista das Faculdades Cathedral de Boa Vista, junto aos cursos de Direito e Psicologia. Assessor Jurídico de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Roraima, atuando na área Cível.



# SUMÁRIO

Editorial.....15

## AUTOR CONVIDADO

Legalidade e Deslegalização Tributária: o Mercado da Política e as Escolhas Realizadas pelo Judiciário para Definir as suas Regras  
*Tax Legality and Delegalization: the Market of Politics and the Choices Made by the Judiciary to Define Its Rules*  
André Zancanaro Queiroz  
Gustavo Ferreira Ribeiro .....17

## ARTIGOS

Os Novos Espaços Públicos na Era Digital: breve análise sobre as redes sociais como instrumento para o debate político  
*The New Public Spaces in the Digital Age: a brief analysis of social networks as a tool for political debate*  
Adelaide Carvalho França  
Carlos Augusto Alcantara Machado.....55

Limites da Mutação Constitucional pela Via da Interpretação: uma proposta de catalogação e definição  
*Limits of the Constitutional Mutation by Means of Interpretation: a Proposal of Cataloging and Definition*  
Alvaro Osório Simeão  
Inocência Mártires Coelho.....75

As Políticas Públicas de Enfrentamento à Violência de Gênero e o Direito Fundamental à Segurança das Mulheres em Situação de Vulnerabilidade  
*Public Policies Against Gender-Based Violence and the Fundamental Right to Safety for Women in a Vulnerable Situation*  
Amanda Gabriela Gomes de Lima  
Bruno Jorge Rijo Lamenha Lins.....97

A Hipótese da Criminalização de Bebidas Alcoólicas em Terras Indígenas  
*The Hypothesis of the Criminalization of Alcoholic Beverages in Indigenous Lands*  
Edson Damas da Silveira  
Serguei Aily Franco de Camargo  
Miguel Wepaxi Wai Wai .....123

O Consumidor Idoso e a Questão do Superendividamento Frente ao Crédito Consignado <i>The Elder Consumer and the Issue of The Supervisory Against the Consigned Credit</i> Fábio Campelo Conrado de Holanda.....	141
O Sistema Protetivo das Relações de Trabalho na União Europeia <i>The Protective System of Labor Relations in the European Union</i> Helena Kugel Lazzarin .....	163
Os Pleitos pela Zeis e pelo Tombamento da Vila Vicentina, em Fortaleza-Ce: satisfação do direito à cidade <i>The Demands for the Special Area of Social Interest ("Zeis" In Portuguese) and for the Recognition as Historical Site of Vila Vicentina, in Fortaleza-Ce: satisfaction of the right to the city</i> Humberto Cardoso Pinto Antonio Jorge Pereira Júnior .....	191
Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Intervenção do Judiciário na Implementação de Política Públicas <i>Principles of Proportionality and Reasonableness in Judicial Intervention in the Implementation of Publicpolicy</i> Laura Campolina Monti Michele Rocha Cortes Hazar .....	211
Análise Bioética da Dignidade Humana Frente a Novas Tecnologias da Indústria Cosmética <i>Bioethical Analysis of Human Dignity in the Face of New Technologies In the Cosmetic Industry</i> Lisiane Cristina Jeckel Pedro Ernesto Neubarth Jung.....	231
O Direito ao Desenvolvimento sob a Ótica da Normatividade Dos Princípios: a solução constitucional ao conflito dos princípios de ordem econômica e ambiental <i>The Right to Sustainable Development Under the Principles of Regulation: The Constitutional Solution to the Conflict of Principles of Economic Order and Environmental</i> Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira.....	253
A Carreira de Procurador Federal e a Advocacia-Geral da União: uma abordagem sistêmica <i>The Federal Prosecutor's Career and the Advocacy-General of The Union: a systematic approach</i> Ricardo Cavalcante Barroso .....	275

## EDITORIAL

Caríssimos leitores,

A Revista da AGU chega à sua quarta e última edição do ano 2019 já pensando em 2020. Pretendemos avançar nos novos requisitos de qualificação publicados pela CAPES. Nosso principal objetivo é tornar a Revista reconhecida em âmbito internacional. Desde já, convocamos os nossos leitores a produzirem artigos científicos em língua estrangeira, e àqueles que estejam em períodos de estudo no exterior, que produzam artigos em co-autoria com seus professores e submetam os trabalhos ao Conselho Editorial da Revista.

Na presente edição, convidamos os Professores Gustavo Ribeiro e André Zancanaro Queiroz para publicarem importante reflexão em matéria tributária, tema instigante, que há muito vem sendo objeto de projetos legislativos que objetivam reformar o sistema tributário brasileiro. Agradecemos aos autores pela gentil contribuição com a revista.

Na sequência, 11 artigos produzidos por pesquisadores de nível avançado, apresentam as suas reflexões sobre temas que transitam por diversas áreas do Direito, abordando assuntos extremamente atuais, como: Os Novos Espaços Públicos na Era Digital: breve análise sobre as redes sociais como instrumento para o debate político; Análise Bioética da Dignidade Humana Frente a Novas Tecnologias da Indústria Cosmética; As Políticas Públicas de Enfrentamento à Violência de Gênero e o Direito Fundamental à Segurança das Mulheres em Situação de Vulnerabilidade; O Direito ao Desenvolvimento sob a Ótica da Normatividade Dos Princípios: a solução constitucional ao conflito dos princípios de ordem econômica e ambiental.

A temática da Teoria Geral do Direito e do Direito Constitucional também é explorada nos seguintes artigos: Limites da Mutação Constitucional pela Via da Interpretação: uma proposta de catalogação e definição; Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Intervenção do Judiciário na Implementação de Política Públicas.

Aspectos relevantes do ponto de vista social são abordados em: A Hipótese da Criminalização de Bebidas Alcoólicas em Terras Indígenas; O Consumidor Idoso e a Questão do Superendividamento Frente ao Crédito Consignado; O Sistema Protetivo das Relações de Trabalho na União

Europeia; Os Pleitos pela Zeis e pelo Tombamento da Vila Vicentina, em Fortaleza-Ce: satisfação do direito à cidade. Por fim, apresentamos um artigo dedicado à posição institucional da carreira de Procurador Federal no âmbito da Advocacia-Geral da União.

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: 09/10/2019

APROVADO EM: 15/10/2019

**LEGALIDADE E DESLEGALIZAÇÃO  
TRIBUTÁRIA: O MERCADO DA  
POLÍTICA E AS ESCOLHAS  
REALIZADAS PELO JUDICIÁRIO PARA  
DEFINIR AS SUAS REGRAS**

***TAX LEGALITY AND DELEGALIZATION: THE MARKET  
OF POLITICS AND THE CHOICES MADE BY THE  
JUDICIARY TO DEFINE ITS RULES***

*André Zancanaro Queiroz*

*Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).  
L.L.M. in Law and Economics pela George Mason University (EUA). Mestre em  
Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Bacharel em Direito pela  
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)*

*Gustavo Ferreira Ribeiro*

*Doutor em Direito pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington (EUA),  
Mestre pela UFSC. Doutorado no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).  
Bacharel em Direito e Ciências da Computação pela UFMG  
Professor do Programa do Mestrado*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O Princípio da Legalidade Tributária; 2 A Nova Legalidade Tributária e a Deslegalização da Tributação; 3 A Política Enquanto Mercado; 3.1 A atuação das autoridades políticas eleitas e de eleitores; 3.2 A atuação de grupos de interesses; 3.3 O mercado da política e a legislação tributária; 4 Razões para Decisões Políticas e a Deslegalização da Tributação; 4.1. A redução do custo de transação para a elaboração de normas de baixo valor político ou demandem conhecimento técnico especializado; 4.2 Redução do custo de transação para a aprovação de leis em assuntos de interesses conflitantes; 4.3 A possibilidade de extrair renda, reivindicar o crédito político e transferir o ônus por medidas impopulares; 4.4 A deslegalização da tributação e o uso de ilusão fiscal; 4.5 Precauções no uso e manutenção de ativos políticos ao elaborar a legislação tributária; 5 A Legalidade Tributária Enquanto Regra para o Mercado da Política; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A competência tributária é tratada tradicionalmente pela doutrina como sujeita à legalidade estrita. O papel de legislar sobre tributos é privativo do Poder Legislativo e deve ser exercido por meio de lei em sentido estrito. Ao Executivo, com algumas exceções, caberia um papel normativo secundário de editar legislação que apenas complementasse aquilo editado pelo Legislativo. O que se observa, entretanto, é que, apesar da previsão constitucional, ocorre a proliferação de atos normativos infralegais que acabam determinando aspectos substanciais de diversos tributos. O presente artigo analisa a mudança “de legalidade para deslegalização” assumindo a atividade política como um mercado no qual o exercício do processo legislativo e da regulamentação é resultado de acordos políticos entre participante do “mercado da política”. No modelo proposto, tendo como marco a teoria da escolha pública, leis em matéria tributária possuem maior valor econômico e maior custo para celebração. Normas infralegais são oriundas de acordos de menor custo político, em razão do menor número participantes envolvidos, possuindo menor valor econômico. A escolha entre os instrumentos normativos é feita de acordo com os interesses individuais dos atores políticos que participam do acordo em busca de maximizar os seus ganhos, independentemente dos ganhos para a sociedade. Além da abordagem menos convencional para abordar “legalidade e deslegalização”, inova-se no artigo ao se sugerir o papel do Judiciário, quando aplica e define os limites do princípio da legalidade, como instituição a gerar incentivos para que acordos obtenham resultados socialmente desejáveis.

**PALAVRAS-CHAVE:** Legalidade Tributária. Rent-seeking. Extração de Renda. Escolhas Públicas. Análise Econômica do Direito Público.

**ABSTRACT:** The power to tax is traditionally referred by doctrine as subject to a strict legality model. The role of creating tax norms is of the exclusive authority of the Legislative and is performed by law in strict terms. To the Executive, with some exceptions, a secondary normative role, to enact administrative regulation that complements what is enacted by the Legislative, exists. One observes, however, that despite the constitutional provision, a proliferation of Executive regulation delimitating substantial aspects of taxes occurs. The present work investigates the change “from legality to delegalization” assuming the political activity as a market in which the legislative process is the result of political agreements performed in the “political market”. In the model proposed, based on Public Choice Theory as its theoretical framework, laws have higher economical value and higher political bargaining costs. Administrative regulation is the result of lower political costs agreements, due to the lower number of participants, which also have lower economical value. The choice between the legal instruments is performed according to individual interests of the political actors, which celebrate the political agreements seeking to maximize their gains, despite social consequences. Beyond a less conventional approach to “legality and delegalization”, the paper innovates to suggest a role to the Judiciary, while defining the tax legality principle, as an institution to generate incentives to political agreements with socially desirable outcomes.

**KEYWORDS:** Tax Legality. Rent Seeking. Rent Extraction. Public Choice. Tax Delegation. Economic Analysis of Public Law.

## INTRODUÇÃO

A competência tributária, enquanto interpretação do princípio da legalidade tributária, é tratada tradicionalmente pela doutrina como sujeita à legalidade estrita, de forma que o papel de legislar sobre tributos é privativo do Poder Legislativo, que deve exercido por meio de lei em sentido estrito, com tipicidade fechada (CARRAZZA, 2013, p. 281 e 282; CARVALHO, 2009, p. 158 a 164; FERRAGUT, 2005, p. 171 e 172; VELLOSO, 2012, p. 232; BRITO, 2011, p; 91 e 92; MACHADO, 2015, p. 276).

Ao Executivo caberia um papel normativo secundário de editar legislação que apenas complementasse aquilo que foi editado pelo Legislativo, com exceções aos tributos federais com tratamento extrafiscal concedidos pela Constituição. As normas gerais e abstratas editadas por

atos infralegais teriam a mera função de possibilitar o cumprimento da obrigação tributária e criar deveres instrumentais que não possuem efeitos arrecadatórios. Assim, caberia ao Legislativo determinar com precisão todos os elementos da regra matriz de incidência dos tributos. (CARVALHO, 2009, p. 158 a 164).

O que se observa, entretanto, é que, apesar da previsão constitucional da legalidade aplicável ao direito tributário, ocorre a proliferação de atos normativos infralegais que acabam determinando aspectos substanciais de diversos tributos. Tal normatização tem sido, muitas vezes, aceita pelo Judiciário.

Para explicar este cenário, apresenta-se neste artigo um modelo teórico no qual a elaboração da legislação tributária é fruto de decisões e acordos políticos. As escolhas de editar normas por atos normativos infralegais ocorrem em razão dos incentivos criados pelas estruturas jurídicas existentes. Nesse contexto, as escolhas realizadas pelo Legislativo, ao utilizar termos que permitam maior discricionariedade ao Executivo na atividade regulamentar, considera os diversos ganhos e custos políticos e econômicos, dos quais os efeitos do controle jurisdicional fazem parte. O mesmo ocorre com as escolhas realizadas pelo Executivo ao editar atos normativos infralegais que produzam impacto na arrecadação.

Para tanto, apresenta-se a atividade política enquanto um mercado no qual a edição de leis e a edição de atos normativos infralegais são frutos de acordos entre grupos de interesse e autoridades eleitas para a transação de recursos de valor político e econômico. A escolha entre uma ou outra modalidade de acordo ocorre para maximizar os ganhos aos atores envolvidos, ainda que esta escolha não seja socialmente desejável ou eficiente.

Deste modo, a interação entre grupos de interesse, em busca de obter rendimentos através de privilégios concedidos através da legislação, e autoridades eleitas, em busca de recursos para serem utilizados em processos eleitorais e se perpetuar no poder, possui um ponto de equilíbrio distinto nos modelos de legalidade tributária estrita e ampla. No modelo teórico desenvolvido, espera-se que, na legalidade ampla, os participantes deste mercado possuam preferência por acordos políticos realizados por atos normativos infralegais aos acordos para editar leis. Tal mudança implicaria no aumento da quantidade de acordos para a obtenção de privilégios fiscais, além do aumento da complexidade do sistema tributário como um todo. Além disso, há redução da transparência na tributação, com custos a serem suportados pela sociedade.

O controle jurisdicional da legalidade tributária, nesse aspecto, seria uma prerrogativa atribuída ao Judiciário de ditar as regras do jogo político, definindo a modalidade de acordo válida para a elaboração de legislação em cada situação. As escolhas exercidas pelo Judiciário sobre a extensão e aplicação do princípio da legalidade determinariam os incentivos a serem seguidos pelas autoridades políticas, podendo gerar resultados socialmente mais ou menos eficientes e justos.

Para desenvolver essa linha de raciocínio, este artigo foi dividido em cinco seções. A seção 1 relembra o conceito de legalidade tributária, do modo tradicionalmente definido pela doutrina. A seção 2 discorre sobre a nova legalidade tributária e a deslegalização do direito tributário, passando pelo conceito de discricionariedade na atividade regulamentar e judicial. A seção 3 apresenta a política enquanto mercado, informando os participantes das relações de troca para a edição de atos normativos, assim como os incentivos gerais existentes no mercado da política. A seção 4 apresenta razões para decisões políticas pela deslegalização da tributação. A seção 5 informa o papel da legalidade tributária na definição dos incentivos que determinam os acordos políticos, assim como alguns de seus efeitos econômicos.

Por fim, chama-se a atenção que, em razão da amplitude e da complexidade do assunto, é possível que o modelo apresentado, como simplificação da realidade, não seja aplicável a todos os casos existentes. Por exemplo, este artigo não pretende explicar situações de crise política ou reformas na tributação. Além disso, pesquisas empíricas podem ser utilizadas para testar os limites do modelo.

## 1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

O princípio da legalidade tributária está previsto no artigo 150, I, da Constituição Federal enquanto uma limitação ao poder de tributar. Determina-se que é vedado aos entes políticos “exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça”.

Com base neste dispositivo, a doutrina majoritária entende que, ao conferir à lei em sentido estrito a prerrogativa de instituir tributo, a Constituição determina ao legislador o dever de delimitar todos os aspectos substanciais da imposição tributária (CARRAZZA, 2013, p. 281 e 282; CARVALHO, 2009, p. 158 a 164; FERRAGUT, 2005, p. 171 e 172; VELLOSO, 2012, p. 232; BRITO, 2011, p. 91 e 92; MACHADO, 2015, p. 276; ROTHMAN, 1974). Tal posição decorre do entendimento de que,

para instituir um tributo, a lei precisa preencher todos os componentes lógicos da regra matriz de incidência. Se algum desses elementos não fosse preenchido pela lei, o tributo não teria sido instituído pela ausência de um dos seus elementos de validade, sem o qual o tributo não poderia ser exigido.

Caberia à lei em sentido estrito, portanto, definir o aspecto material da hipótese de incidência tributária, delimitando de forma substancialmente precisa os fatos que possibilitam a constituição do crédito tributário. Além disso, a lei determinaria a quem a imposição de pagamento se dirige, a base de cálculo, enquanto aspecto econômico mensurável do fato imponible, e as alíquotas aplicáveis.

Restaria ao Executivo o papel de delimitar as obrigações acessórias, com um caráter suplementar de possibilitar a apuração e a cobrança, dentro dos limites da lei, em aspectos seriam desprovidos de impacto arrecadatário. Assim, as normas editadas pelo Executivo delimitariam a forma de recolhimento do tributo pelo contribuinte e os meios e documentos comprobatórios de sua realização, além de competências funcionais de constituição do crédito tributário e fiscalização (CARVALHO, 2009, p. 58).

Considerando que apenas a lei poderia determinar os componentes do tipo tributário, seria inconstitucional a utilização de conceitos vagos ou imprecisos na instituição do tributo uma vez que a indeterminação do texto legal acabaria por conferir ao Executivo a prerrogativa de definir as componentes substâncias do tipo tributário através da atividade regulamentar. A legalidade tributária estrita, portanto, não admitiria a edição de leis que determinassem tipos tributários de estrutura flexível ou graduável; deveria conter o máximo de determinação semântica (VIEIRA, 2006; VELLOSO, 2012, p. 232; BRITO, 2011, p; 91 e 92; DERZI, 1988)

Tal característica não significaria a existência de uma ingênua crença de que o uso das palavras pelo legislador teria a precisão suficiente para não deixar margem para interpretações distintas a serem escolhidas pelo Executivo na concretização normativa. Apenas denotaria que a elaboração legislativa deveria ser suficientemente precisa para que esta margem interpretativa fosse reduzida (TORRES, 2005, p. 499 a 505).

Essa atribuição exclusiva de competência ao Legislativo possuiria, de acordo com Vieira (2006), respaldo teórico na separação dos poderes,

enquanto forma de controle da atividade política por freios e contrapesos. O Legislativo possuiria, segundo o autor, maior legitimidade democrática e maior distanciamento de possíveis barganhas com contribuintes para desempenhar a função de repartir na sociedade do ônus de arcar com o custeio do Estado através da tributação. Tal fato decorreria por ser o poder de maior representatividade, com membros de diversas origens territoriais e de representação de grupos sociais diversos, e por não arrecadar e alocar os recursos arrecadados pela execução do orçamento.

O princípio da legalidade se justificaria, igualmente, por ser o Legislativo o poder político socialmente “mais auditável” quanto ao resultado de suas atividades. Ainda que o processo de negociação para a aprovação de uma lei, nos bastidores, possua razões muitas vezes obscuras para a sociedade, o processo legislativo envolve a negociação entre grande número de pessoas, passando por diversas comissões antes de ser votado nas casas legislativas e aprovado. Dessa forma, o Legislativo estaria sujeito a um maior controle social pelo debate mais amplo pelo qual os projetos de lei passam quando comparados aos atos realizados pelos demais poderes políticos (SIMON, 1991; VIEIRA, 2016).

O princípio da legalidade tributária teria, portanto, o condão de proteger a sociedade de uma atuação autoritária do Estado, que poderia ocorrer por uma concentração excessiva de poderes no Executivo, que tenderia a exercer esse poder de forma abusiva. (VIEIRA, 2002, CARRAZZA, 2013, p. 281 e 282).

Entretanto, a aplicação do princípio da legalidade tributária em precedentes judiciais aponta para uma mudança em seu sentido em direção a uma nova legalidade tributária. Nela, permite-se a deslegalização da tributação através de utilização de conceitos amplos em lei para, posteriormente, serem delimitados por atos infralegais, ou por uma atuação normativa mais ampla exercida pelo Executivo, conforme se passa a apresentar.

## **2 A NOVA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E A DESLEGALIZAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO**

A aplicação do princípio da legalidade vem sendo alterada ao longo do tempo. Essa mudança ocorre pela edição de leis de redação genérica, que transferem à atividade regulamentar o papel de definir os conceitos, assim como por uma atuação mais ampla do Executivo na edição de atos normativos infralegais que delimitam a base de cálculo e, eventualmente, até mesmo as alíquotas (VIEIRA, 2006; ROCHA, 2014).

De início, é importante salientar que a mudança na aplicação do princípio da legalidade tributária de que trata este artigo não ocorreu de forma abrupta. É resultado de mudanças graduais, muitas ainda em curso, oriundas de alterações pontuais na legislação efetuadas pelo Legislativo e pelo Executivo que foram chanceladas pelo Judiciário. A legalidade tributária mitigada passa a compor um sistema que permite a transferência de aspectos da competência tributária do Legislativo ao Executivo, possibilitando à lei delimitar apenas os aspectos gerais da incidência, ainda que com conceitos amplos e genéricos, a serem descritos pela atividade regulamentar.

Assim, a legalidade tributária estrita, de tipicidade legal, estaria gradualmente se erodindo para um novo modelo de legalidade tributária, aberta, com seus limites ainda a serem definidos pela doutrina e pelo Judiciário (VIEIRA, 2006; VIEIRA, 2016; ROCHA, 2014).

Como precedente significativo, no qual houve manifestação expressa a respeito do abandono da legalidade tributária estrita, tem-se o RE 838.284<sup>1</sup>, no qual o STF decidiu a respeito da possibilidade de delegação ao da tarefa de fixação de alíquotas de taxa dentro de limites legais. Trata-se de precedente especialmente relevante por ter sido decidido em plenário, por unanimidade. Os votos do relator, Min. Dias Toffoli, e do vogal, Min. Edson Facchin, apresentaram a tendência à adoção de uma nova legalidade tributária, mais aberta. Este novo modelo de legalidade tributária desenhado pelo STF permitiria o uso de conceitos indeterminados em leis que instituem tributos e a determinação de alíquotas através de atos normativos infralegais, conforme se extrai dos seguintes trechos:

Antes de adentrar na análise da norma acimada de inconstitucional, teço considerações sobre o princípio da legalidade tributária, o qual, apesar de sua centralidade no Estado de Direito, é ambíguo e não tem contornos bem definidos. A corrente ortodoxa, capitaneada por Alberto Xavier, sempre apregoou a legalidade absoluta no direito tributário, exigindo da lei o tratamento, com elevado grau de precisão e profundidade, de todos os elementos da regra matriz de incidência tributária. Não obstante, atualmente, há uma clara tendência da doutrina em oferecer uma alternativa teórica à corrente formalista tradicional e em desfazer o dogma de que a segurança jurídica do contribuinte seria garantida pela tipicidade fechada. Aponta-se para

---

1 Neste caso o STF entendeu que o CONFEA poderia reajustar o valor da Anotação por Responsabilidade Técnica, tributo da modalidade "taxa", através de resolução, em razão de delegação legislativa. STF, Recurso Extraordinário n. 838.284, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 19/10/2016.

um esgotamento do modelo, incapaz de garantir os direitos da maioria dos cidadãos.

Para Ricardo Lobo Torres, citado no acórdão recorrido, a ideia da legalidade tem sofrido mudanças. Destaca que o movimento de flexibilização é encontrado na Alemanha, na Itália, na Argentina e no Uruguai, e conclui que o princípio da reserva de lei não é absoluto, podendo o legislador tributário valer-se de cláusulas gerais, tal como ocorre nos demais ramos do Direito. (BRASIL, 2016, Voto do Relator Min. Dias Toffoli, p. 11-12)

Por sua vez, também entendo que o diploma legal inova legitimamente no ordenamento jurídico, ao instituir tributo com a respectiva regramatriz de incidência tributária. Na verdade, o que não se observa é pretenso “princípio da tipicidade cerrada”, tal como articulado por parcela relevante de doutrina tributarista pátria.

[...]

No entanto, com esse entendimento não se pode concordar, sob pena de inviabilização da tributação no país ou, pelo menos, assumir um modelo de legalismo datado na evolução histórico-filosófica das ideias tributárias brasileiras. (BRASIL, 2016, voto do vogal Min. Edson Facchin, p. 35-36)

Tem-se ainda, como exemplo, a possibilidade de redução de alíquotas e o seu restabelecimento por decreto por autorização legislativa. Nessa situação, a lei pode prever alíquota elevada para determinado tributo, que acaba sendo reduzida e restabelecida pelo Executivo em situações não autorizadas pela Constituição Federal, conferindo liberdade para que a alíquota seja manejada, na prática, através de decretos.

Neste caso, a primeira turma do STJ<sup>2</sup> entendeu que o restabelecimento de alíquotas de PIS/COFINS sobre receitas financeiras por decreto não se trataria de majoração de tributos, mas de mero restabelecimento de alíquota reduzida por decreto, o que não ofenderia a legalidade tributária. A repercussão geral foi reconhecida pelo STF no RE 986.296<sup>3</sup>, ainda sem julgamento.

2 STJ, Recurso Especial n. 1.586.950, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19/09/2017.

3 STF, Recurso Extraordinário n. 986.296, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 03/03/2017.

Ambos os exemplos se relacionam à deslegalização da tributação pela definição de alíquotas pelo Executivo, entre outros casos existentes que envolvem presunções, antecipações e substituição tributária, muitas vezes regulados extensivamente através de atos normativos infralegais. Tais casos, entretanto, não serão tratados em razão das limitações e do escopo do presente ensaio.

Nesse contexto, entende-se a existência de uma tendência ao abandono, em nosso sistema jurídico, da legalidade tributária estrita (VIEIRA, 2006; VIEIRA, 2016; ROCHA, 2014). Uma nova acepção de legalidade tributária permitiria uma maior deslegalização da tributação, com a possibilidade de utilização de conceitos indeterminados no texto legal para que estes sejam amplamente delimitados pelo Executivo, desde que a lei traga uma moldura geral a ser seguida. Assim, a interpretação destes conceitos indeterminados se traduziria em uma atividade criativa realizada pela atividade regulamentar exercida pelo Executivo (DERZI, 1988; ROCHA, 2014).

Rocha (2014), ao defender a deslegalização da tributação, lembra que este fenômeno, comum no Direito Tributário brasileiro, é inclusive utilizado como resposta à lentidão do Legislativo e do aumento da complexidade da atividade tributária para responder às demandas geradas pela inovação tecnológica na atividade econômica. Para o autor, caberia ao Judiciário o controle da indeterminação semântica dos *standards* conceituais através da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Deste modo, ao editar normas infralegais, o Executivo efetua uma escolha política de um sentido, dentre as diversas interpretações possíveis, nos limites semânticos do texto legal existentes no momento da aplicação da lei, considerando que as palavras e os enunciados possuem sentidos definidos culturalmente (GUSDORF, 2010, p. 49-59). A existência de discricionariedade, enquanto espaço para escolhas, entretanto, não é absoluta. Dá-se à medida que o significado do texto é cercado por uma pré-compreensão, de aspectos culturais, forjada no mundo prático, que antecede a qualquer argumentação<sup>4</sup> (STRECK, 2017).

As escolhas políticas realizada pelo Executivo, ao “interpretar” as leis, estão sujeitas, portanto, a um controle realizado *ex ante* pelo

---

<sup>4</sup> Como exemplo, é improvável que alguma autoridade administrativa exija IPVA de uma máquina de lavar-louças, uma vez que, ainda que exista um aspecto subjetivo na construção de sentido ao texto, existem limites definidos culturalmente para o conceito “veículos automotores” aos quais as máquinas de lavar-louça não atendem.

Legislativo e pelo Constituinte, através de comandos linguísticos. A amplitude de significação dos termos utilizados na lei concederá maior ou menor quantidade de sentidos possíveis e, conseqüentemente, maior ou menor liberdade ao Executivo para preencher as indefinições do texto legal. Se as palavras limitam o intérprete ao concretizar o seu sentido, o texto legal limita a atuação das autoridades administrativas (STEARNS; ZYWICKI; MICELI, 2018, p. 750-758).

O controle da atividade político-interpretativa do Executivo é realizado pelo Judiciário que, igualmente, realiza escolhas políticas na interpretação da Constituição, ao avaliar a constitucionalidade de uma lei, ou da legalidade dos atos realizados pelo Executivo, de acordo com as preferências de seus membros. Estas escolhas produzem impacto sobre o Legislativo, sobre o Executivo e sobre os cidadãos, determinando a manutenção ou a mudança de lei e atos normativos existentes e indicando regras a serem seguidas pelo Legislador e pelo Executivo no futuro (FEREJOHN; WEINGAST, 1992; CANADO, 2014, p. 156-161)

Com relação ao princípio da legalidade tributária, é relevante afirmar que a escolha realizada pelo Supremo entre um conceito amplo ou estrito de legalidade diz respeito a conferir ou não ao Legislativo a possibilidade de transferir poderes para o Executivo. Tal escolha possui implicações, alterando a estrutura de incentivos existentes e as possibilidades de transações entre os participantes do mercado da política, conforme se apresenta adiante.

### **3 A POLÍTICA ENQUANTO MERCADO**

Para tratar da política enquanto um mercado é preciso partir da premissa metodológica de que o governo e a política são formados por indivíduos. A investigação de fenômenos a estes relacionados implica necessariamente em identificar os padrões individuais de comportamento. Utiliza-se neste artigo, para tanto, o referencial da teoria microeconômica para explicar o comportamento esperado na tomada de decisões pelos entes governamentais e agentes políticos, através da abordagem da Escolha Pública.

Assim, a abordagem da Escolha Pública assume que o governo é o complexo de instituições pelas quais os indivíduos tomam decisões coletivas, no qual é possível opor atividades públicas às privadas. A política, por sua vez, é a atividade das pessoas no contexto destas instituições. (BUCHANAN, 2000, p. 4).

A utilização da teoria microeconômica implica na utilização do pressuposto de que o comportamento dos indivíduos é racional, modelado para maximizar utilidades subjetivas. O mercado no qual estes agentes econômicos atuam é a política e as utilidades que negociam dependem da posição que ocupam, assumindo a constituição material e as instituições políticas o papel de determinar as regras deste mercado (BUCHANAN, 2000, p. 19 a 24).

Faz-se a ressalva de que esta escolha metodológica não ignora as constatações da Economia Comportamental e da Análise Comportamental a respeito da existência de vieses que limitam a racionalidade (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974; SUNSTEIN; JOLLS; THALLER, 1998) e da existência de diversos aspectos sociais que compõem as contingências pelas quais são selecionados os comportamentos humanos, sendo o Direito apenas um destes aspectos (AGUIAR, 2013). Entende-se, entretanto, que a racionalidade, enquanto simplificação da realidade, apesar das suas limitações por não tratar de vieses e heurística, é capaz de explicar de forma satisfatória o comportamento agregado, a médio e longo prazo (AGUIAR, 2002).

Assim como em qualquer mercado, os participantes atuam em um ambiente de escassez de recursos e de incerteza. O funcionamento deste mercado, entretanto, está sujeito à concorrência entre seus participantes e obedece a regras dispostas na constituição política para distribuir essa escassez, renda e riqueza. As instituições políticas servem, portanto, como o conjunto de regras definidas para a organização do mercado político que determina as competências de atuação dos agentes políticos e limita os poderes estatais. Estabelecem, assim, os procedimentos para a tomada de decisões dos agentes e mecanismos para a redução do custo de agência<sup>5</sup>, limitando as oportunidades para que agentes governamentais agirem em interesse próprio ao invés de atender ao interesse público (BARRETO, 2013, p. 46-50; MONTEIRO, 2010; STERNS, ZYWICKI, 2009, p. 501).

Enquanto objeto de negociação, os acordos realizados no mercado político possuem custos de transação<sup>6</sup> para serem realizados. Um bom desenho institucional pode reduzir os custos de transação através da

---

5 Por problema de agência, exemplifica-se com o problema do agente-principal, no qual o principal, representado pelo agente, possui perdas (custos) decorrentes das limitações de controle da atividade do agente, que atua em interesse próprio.

6 Por custos de transação, entende-se os custos da negociação e da celebração de acordos, que passa desde dispor de tempo para procurar e encontrar a outra parte, realizar a oferta, delimitação do objeto, efetuar a barganha e prever os meios de fiscalização.

determinação prévia de regras e limites que não precisarão ser negociadas novamente em outros momentos semelhantes. Pode, igualmente, elevar os custos de transação para reduzir falhas neste mercado político em situações nas quais possam ocorrer acordos políticos para a transferência ineficiente de recursos de grupos e pessoas de menor poder político-econômico para aqueles que detêm maior poder de influência (MACEY, 1988).

Considerando que o princípio da legalidade tributária define incentivos e limites aos participantes do mercado político, a modificação apresentada no tópico anterior implica em mudanças na estrutura de incentivos dos participantes deste mercado, conforme apresentado adiante.

### **3.1 A ATUAÇÃO DAS AUTORIDADES POLÍTICAS ELEITAS E DE ELEITORES**

Dentre os diversos incentivos aos quais estão sujeitos, as autoridades políticas atuam preponderantemente em busca de sua perpetuação no poder. Em um ambiente de competição, a atuação no mercado político é o que define a permanência do indivíduo e a sobrevivência de seu partido no sistema político, ou a sua exclusão desse mercado por baixo desempenho eleitoral (KIEWIET; MCCUBBINS, 1985, ANDRADE, 1998; MONTEIRO, 2010; CERVI, 2009)

Neste contexto, as autoridades que compõem o Legislativo participam de duas arenas políticas onde competem entre si: uma legislativa e outra eleitoral, existindo conexões entre ambas. Nesse modelo, as autoridades políticas estão sujeitas a duas estruturas conflitantes de incentivos. A atuação das autoridades políticas está relacionada, por um lado, ao modo pelo qual os eleitores escolhem seus representantes, e por outro às limitações institucionais na dinâmica interna do Legislativo e do diálogo com o Executivo, que determinam a forma das autoridades atenderem os interesses dos eleitores (PEREIRA; MUELLER, 2003; CERVI, 2009).

No sistema democrático, a escolha de grande parte das autoridades políticas depende de resultados em eleições, e o principal ativo a ser negociado pelos eleitores é o voto. Neste contexto, a atuação das autoridades políticas na arena legislativa é realizada com uma ponderação de custos e benefícios no qual o retorno a ser recebido na arena eleitoral no futuro, em votos, deve ser maior do que os custos de articulação para aprovação da medida. O cálculo pode ser feito de forma mediata, com a perda de alguns votos com alguma proposta, para a obtenção de apoio para a aprovação de outras que forneçam um número maior de votos posteriormente

(MAYHEW, 1974, p. 11-15; MITCHELL; SIMONS, 2003, p. 121; NORRIS, 2003, p. 8-9).

Na arena eleitoral, é de interesse do Executivo formar ampla coalizão de apoio dos partidos mais representativos para obter recursos de campanha<sup>7</sup>e, após eleito, formar ampla base de apoio parlamentar na arena legislativa para conseguir maioria nas votações de projetos importantes para o Governo (NORRIS, 2003, p. 85; ANDRADE, 1998). Este diálogo entre o Executivo e o Legislativo possui forte impacto na definição dos gastos públicos e política tributária, conforme se verá adiante.

Por outro lado, no Legislativo existe uma tendência a maior representatividade das clivagens políticas e circunscrições territoriais, com possível dificuldade em formar maiorias para a aprovação de projetos e para a sustentação do governo. Isso porque os parlamentares possuem incentivos, na arena eleitoral, para atender não apenas o governo ao qual fazem parte (ou oposição), mas também os grupos que representam, enquanto minorias, regiões demográficas ou bandeiras ideológicas (AMES, 1995; NORRIS, p. 76-81).

Neste contexto, o sistema brasileiro de presidencialismo de coalizão possui mecanismos para equilibrar, na arena legislativa, os incentivos particularistas da arena eleitoral. Assim, a atuação parlamentar para privilegiar os seus redutos eleitorais e grupos de interesse aos quais possuem ligação ocorre através da negociação com o Executivo para a liberação de emendas orçamentárias, lotear por cargos que detenham certo grau de discricionariedade na alocação de recursos, além da própria execução orçamentária e acordos para a realização da atividade regulamentar. Deste modo, a barganha entre os dois poderes políticos para aprovar leis de interesse do governo envolve atender demandas particulares na alocação discricionária de recursos públicos realizada pelo Executivo (AMES, 1995; ANDRADE, 1998; PEREIRA; MUELLER, 2002; PEREIRA; MUELLER, 2003; RICCI, 2003; MELO, SOARES, OLIVEIRA, 2014). Conforme se verá adiante, a atividade regulamentar em matéria tributária está entre os mecanismos para equilibrar os incentivos particularistas na formação da coalizão.

Assim, a composição de interesses entre o Executivo e o Legislativo, sujeitos a pressões distintas entre interesses particularistas para estes e necessidade de formar uma coalizão de governo para aqueles, é feita por

---

7 Por exemplo, o tempo nos meios de comunicação em horário eleitoral.

barganha até se formar uma maioria no parlamento (TULLOCK, 1979, p. 77; ANDRADE, 1998), com forte atuação do Executivo na defesa de seus interesses em razão de administrar os recursos públicos.

Neste ponto, há que se reiterar que o Congresso e os partidos não devem ser vistos como entidades que manifestam vontades unitárias. São concebidos como uma pluralidade de interesses individuais, cada um representando uma relação entre parlamentares com os seus círculos eleitorais. Assim, o Congresso é formado por inúmeras coalizões em votações, cada uma dividida em partidos e estes em indivíduos (SHEPSLE, 1992). A barganha para atender esses interesses pautará a relação entre os parlamentares e as direções dos partidos. Estes efetuarão a composição destes interesses distintos na negociação com outras lideranças, na aprovação de leis e definição de orçamento, liberação de emendas, assim como na escolha de titulares de cargo comissionados no Executivo ou edição de regulamentos.

Assim, existem situações nas quais a aprovação de medidas de interesse do Executivo pode acabar tendo implicações eleitorais desvantajosas aos parlamentares. Essas medidas precisarão ser objeto de barganha para atingir um patamar que seja vantajoso para os congressistas, como a aprovação de cargos para o partido, obras em locais de interesse dos parlamentares (geralmente em seus currais eleitorais), concessão de benefícios a grupos de interesses que financiam campanhas e fornecem apoio político, além da expansão do orçamento do Legislativo (MITCHELL; SIMONS, 2003, p. 113).

Por outro lado, ao eleitor, o principal modo de atuação política ocorre pelo exercício do direito de voto. Apesar de bastante restrita, esta atuação fornece um ativo importante aos cidadãos.

No modelo da racionalidade, assume-se que o voto é auto-interessado e eleitor tende a escolher aquele candidato cuja plataforma represente promessas que lhe trarão maiores benefícios. Entretanto, o benefício que cada eleitor recebe ao votar é muito baixo, já que o voto será diluído entre milhões de outros eleitores, com pouco poder para, individualmente, alterar o resultado das eleições. É de se esperar, portanto, que o eleitor invista poucos recursos na sua escolha entre os candidatos. (FRIEDMAN, 1999, p. 187; DOWNS, 1999, p. 63).

Deste modo, o eleitor tende a permanecer em uma situação inercial, com baixa disposição para busca de informações, e tende a escolher, entre

aqueles que apresentam maior visibilidade no fluxo de informações recebido gratuitamente<sup>8</sup>, o candidato que possua melhor reputação e propostas mais adequadas aos seus interesses (DOWNS, 1999, p. 246-247; BARRETO, 2013, p. 27-29)<sup>9</sup>.

É certo que alguns eleitores estudam as propostas, o currículo dos candidatos e a conjuntura política para decidir o seu voto. Uma explicação para isso pode não estar no benefício recebido por fazer uma escolha eleitoral melhor, já que o voto possui pouco poder de influência no processo legislativo, mas sim no fato de que faz parte das atividades de lazer de alguns indivíduos discutirem sobre política. Os benefícios recebidos estão na interação e aprovação de grupos de amigos e colegas de trabalho, tendo a escolha do candidato custo zero, enquanto subproduto de uma atividade de lazer. (FRIEDMAN, 1999, p. 188)

No que diz respeito à eleição de deputados, o fato desta ocorrer pelo sistema proporcional em lista aberta acaba fazendo com que a identificação do eleitor com o candidato seja maior do que com o partido, ainda que, formalmente, em razão das regras de fidelidade partidária, os cargos pertençam também aos partidos (NICOLAU, 2006).

Neste sistema, o amplo número de candidatos e o elevado custo na aquisição de informação para conhecer cada um e suas propostas fazem com que a exposição pelo marketing para ser conhecido, a indicação por pessoas próximas com interesses semelhantes, além da influência de grupos com bandeiras ideológicas ou religiosas, de defesa classe ou grupos empresariais, possuam peso grande no processo decisório do eleitor (BARRETO, 2013, p. 35-40).

A visibilidade ao eleitor pode ser obtida pelo candidato através do marketing político nos meios de comunicação, ou através de espaços (palanques) onde possam se apresentar a um grande grupo de pessoas. Além da necessidade de arrecadar fundos para a campanha, o apoio de grupos

8 O termo “gratuitamente” ultrapassa o aspecto monetário. Compreende todo tipo de recurso que poderia ser utilizado na aquisição de informação como, por exemplo, o tempo de pesquisa e estudo.

9 Neste contexto, a tecnologia e as mídias sociais reduzem o custo de disseminação da informação, que será recebida gratuitamente ou a baixo custo pelo eleitor. Nem todas as informações, entretanto, são confiáveis e ainda cabe ao eleitor checar a veracidade da informação recebida, e isso possui custos como o tempo de busca e leitura. Assim, apesar de a tecnologia possibilitar a redução da aquisição de informação a respeito da idoneidade dos candidatos, esta igualmente facilita a propagação de informação por parte do trabalho de marketing de campanha, muitas vezes distorcidas ou tendenciosas. Seria necessário, entretanto, o aprofundamento neste assunto para saber o seu impacto eleitoral, aspecto que foge do escopo deste trabalho.

de interesse é fundamental no processo eleitoral por serem detentores de recursos a serem usados em campanhas (BARRETO, 2013, p. 45-50).

É certo, entretanto, que esse apoio não é gratuito. Ao receber apoio de grupos de interesse, o candidato passa a ter que apoiar obras e políticas públicas, ainda que isso demande a liberação de emendas parlamentares, ou a elaboração de leis que atendam aos interesses destes grupos na política (BUCHANAN, 2000, P. 463-472; MULLER, 2002, p. 481-489; MITCHELL; SIMMONS, 2003, p. 141-143). Conforme se indicará neste artigo, a elaboração de legislação em matéria tributária é parte do papel de gratificar grupos de interesse em troca de recursos políticos a serem usados em processos eleitorais, no qual o contexto destas trocas se definirá pela preferência dos participantes da negociação entre leis ou atos normativos infralegais.

### 3.2 A ATUAÇÃO DE GRUPOS DE INTERESSES

Como visto anteriormente, o desempenho nas urnas não depende apenas da atuação da autoridade no Congresso ou no Executivo. Depende também de viabilizar apoio de grupos de interesse que fazem publicidade ou arrecadam recursos políticos para serem utilizados nas campanhas, como financiamento, base de visibilidade (palanque) e apoio entre grupos de eleitores (MULLER, 2002, p. 481 a 484).

Utilizando o modelo proposto, os grupos de interesse atuam em benefício dos seus membros, especialmente na busca dos objetivos que fundamentam a sua existência enquanto grupos organizados. Desta forma, investirão recursos na política para obter retornos maiores do que os recursos investidos, influenciando os políticos a adotarem medidas que atendam a estes interesses para obter rendas através da política (*rent-seeking*) (MACEY, 1988; ZYWICKI; MICELI, 2018, p. 434-438).

O meio utilizado para influenciar as autoridades políticas ocorre através de recompensas, com valor determinado pelo grau de importância e a capacidade de organização do grupo. As formas de retribuir as autoridades políticas podem ser através de promessa de certa quantidade de votos, captação de recursos para financiar a campanha, promessas de espaço para obter visibilidade entre eleitores, espaço para proferir palestras ou discursos, ataques públicos a adversários, utilização de meios de transportes para cumprir agenda, como aviões e, em alguns casos, até mesmo por subornos. (DOERNBERG; MCCHESENEY, 1987; SIMON, 1991).

Neste ponto, há que se mencionar que, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter proibido o financiamento de campanha através de doações realizadas por empresas na ADI 4650<sup>10</sup>, o patrocínio de grupos de interesse continua relevante. Conforme apontam Stearns, Zywicki e Miceli (2018, p. 442 a 444), a existência de ganhos a serem obtidos com a atividade política produz incentivos para que os grupos de interesse continuem investindo recursos para influenciar os processos de decisões políticas e a proibição ao financiamento direto de campanha apenas faz com que isso seja realizado por outros meios, e não pela doação direta de empresas aos candidatos<sup>11</sup>.

Conforme apontam Mancuso (2007), o empresariado tem se mostrado um importante ator político ao influenciar o Congresso Nacional na aprovação de leis de interesse de grupos empresariais específicos, especialmente para obter regimes tributários diferenciados, parcelamentos de débitos, isenções de tributos e empréstimos subsidiados. Tais pressões para desonerações precisam, entretanto, se equilibrar com os interesses do governo em elevar a arrecadação para atender a demandas de outros grupos por gastos públicos (como sindicatos e associações de servidores públicos).

Como se verá adiante, os acordos políticos em matéria tributária podem ser celebrados tanto pela edição de leis quanto pela edição de atos normativos infralegais. Cada modalidade, entretanto, possui diferentes custos e valores aos envolvidos. Assim, a escolha entre uma ou outra modalidade depende das circunstâncias e incentivos existentes para todos os participantes.

### 3.3 O MERCADO DA POLÍTICA E A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

Considerando o modelo apresentado, a edição de legislação tributária deve ser vista como um sistema de trocas entre grupos de interesse e autoridades políticas, no qual cada espécie de ato normativo (seja este emenda à Constituição, lei, decreto ou outra espécie de ato normativo infralegal) possui valor e funções distintas para os participantes deste mercado.

Neste ponto, é importante a ressalva nem todo o ato normativo infralegal é objeto de acordos políticos, especialmente em casos nos quais possuem baixo valor neste mercado ou demandem conhecimento técnico

10 STF, ADI 4650, julgada em 17 de setembro de 2015, Relator Min. Luiz Fux.

11 Pode-se utilizar, como alguns exemplos, o financiamento de think tanks, o pagamento de influenciadores digitais para espalhar ideias favoráveis ou difamar opositores, maior aproximação de grupos que possuem outros objetivos e que podem ser utilizados para disseminar ideais partidários (como igrejas e clubes), assim como a utilização de doações por pessoas físicas.

especializado e constante atualização, conforme se apresenta no tópico 4.1. Ainda assim, parte-se da premissa de que acordos políticos são centrais na elaboração da legislação.

Deste modo, a edição de legislação em matéria tributária se dá por acordos celebrados entre grupos de interesse e autoridades políticas, onde os grupos de interesse investem recursos no sistema político-eleitoral para receber em troca benefícios como tributação privilegiada ou para elevar a tributação de concorrentes para retirá-los do mercado (*rent seeking*). (DOERNBERG; MCCHESENEY, 1987).

Igualmente, a edição de legislação em matéria tributária pode ocorrer em situações nas quais existe uma ameaça de maior imposição de custos a grupos de interesse por parte de autoridades políticas (*rent extraction*). Neste ponto, os grupos de interesse fornecem recursos políticos a autoridades eleitas para evitar ameaças de elevação de tributação ou encerramento de privilégios fiscais, aumento de custos para a conformidade com a burocracia ou mesmo para evitar a concessão de privilégios fiscais a concorrentes (MCCHESENEY, 1997, p. 122-127).

Para os grupos de interesse, o valor econômico dos acordos para a edição de legislação em matéria tributária será equivalente ao montante auferido em razão da alteração ou manutenção da legislação objeto do acordo político. O valor da renda auferida é calculado pelo montante recebido em razão da redução dos tributos pagos ou por uma menor concorrência, multiplicada pela duração esperada do privilégio recebido, subtraídos os custos para a obtenção do privilégio legal<sup>12</sup> (DOERNBERG; MCCHESENEY, 1987).

Neste contexto, a aprovação de Emendas Constitucionais, leis complementares ou leis demandariam a participação de grande número de autoridades políticas para a formação de maiorias suficientes nas votações, em diversas etapas, cada um representando seus respectivos grupos de apoio e eleitorado, que deverão ser compensados em troca do apoio nas votações. Tal aspecto faz com que tais atos normativos possuam elevado custo, tanto na remuneração dos apoios obtidos para formar a maioria em votação quanto pelo custo de transação para a obtenção do acordo

---

12 Exemplificativamente, pode-se dizer que um grupo celebra acordos com parlamentares para a aprovação de uma lei que concederia a redução de tributos, o que geraria ganhos de um milhão de reais por ano (trazido a valor presente), e esta lei vigoraria por 10 anos. O valor econômico desta lei para o grupo beneficiado seria de dez milhões de reais e o grupo estaria disposto a investir qualquer valor inferior a este montante para obter um privilégio legal.

político com muitos participantes. O elevado custo para aprovação, por sua vez, faz com que tais atos normativos sejam estáveis e possuam maior durabilidade, pois os custos para revogação ou alteração igualmente são elevados. (ELHAUGE, 2007; RAO, 2015).

Por sua vez, acordos para a elaboração de atos normativos infralegais, como decretos, instruções normativas e portarias, possuem baixo custo político por não precisar se submeter ao processo legislativo. Entretanto, o baixo custo faz com que tais atos sejam facilmente alterados ou revogados, possuindo menor durabilidade. (RAO, 2015).

Assim, para os grupos de interesse, os custos para a celebração do acordo político, a durabilidade do acordo e o valor obtido determinam a espécie normativa que será utilizada pelos grupos de interesse e pelas autoridades políticas em cada circunstância. Para as autoridades eleitas, como será visto, a edição de atos infralegais pode ser a recompensa dada pelo Executivo a determinados parlamentares em troca de apoio em votações e participação na base de sustentação do Executivo no Congresso.

Além de existirem pressões para a criação de privilégios fiscais, as autoridades políticas estão sujeitas, ainda, a pressões por aumento de gastos públicos, através da alocação de recursos para atender a interesses de grupos organizados, de eleitores e da burocracia. Assim, se por um lado existe pressão pelo aumento de gastos públicos, ao mesmo tempo existem pressões pela redução da carga tributária por parte de grupos de interesse e eleitores para reduzir a participação de cada um na manutenção do Estado. (BUCHANAN, 2000, p. 437).

Conforme o tópico seguinte, a deslegalização da tributação pode ser um meio utilizado pelas autoridades políticas para lidar com estes incentivos eleitorais conflitantes (aumentar gastos e reduzir tributos) com menor impacto político-eleitoral.

#### **4 RAZÕES PARA DECISÕES POLÍTICAS PELA DESLEGALIZAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO**

Quanto mais precisos forem os limites definidos em lei para a atividade normativa do Executivo, maior é o controle prévio estabelecido pelo Legislativo sobre esta atividade, já que se traduzem em um “molde” de ação mais estreito para ser preenchido através da atividade regulamentar.

Assim, existem boas razões políticas e outras não tão louváveis para a transferência de competência normativa do Legislativo para o Executivo. Esta transferência pode ocorrer para aproveitar o melhor conhecimento técnico de agências ou órgãos públicos, para minimizar processos legislativos custosos para a edição de normas de menor valor econômico ou político, bem como para reduzir a sua carga de trabalho para focar os recursos limitados do Legislativo em assuntos de maior prioridade. Entre as razões problemáticas para a delegação está a de evitar tomar decisões difíceis, evitar a responsabilidade por decisões impopulares, facilitar a elaboração de esquemas obtenção de renda (*rent seeking*)<sup>13</sup> e de extração de renda (*rent extraction*)<sup>14</sup> (Stearns e Zywicki (2009, p. 367). Somam-se a estes fatores, a possibilidade de obtenção individual de créditos políticos por parlamentares na barganha pela regulação (RAO, 2015) e a possibilidade de utilização de técnicas de ilusão fiscal.

Veja-se, portanto, em quais situações isso pode ocorrer no âmbito do Direito Tributário, com a mudança no modelo de legalidade apresentado.

#### **4.1 A REDUÇÃO DO CUSTO DE TRANSAÇÃO PARA A ELABORAÇÃO DE NORMAS DE BAIXO VALOR POLÍTICO OU DEMANDEM CONHECIMENTO TÉCNICO ESPECIALIZADO**

Entre as normas que compõem a legislação tributária estão um emaranhado de regras de baixo valor no mercado político. Trata-se de normas que estabelecem deveres instrumentais que regulamentam o cumprimento de obrigações tributárias, bem como meios de fiscalização a serem utilizados pelo Fisco, mas de pouco impacto sobre as atividades econômicas ou na arrecadação. São regras estas que estabelecem detalhes e minúcias como, por exemplo, o layout das notas fiscais, o modo de prestar informações ao Fisco ou o horário de atendimento de agências fiscais.

Pela natureza destas normas, é comum que o Congresso transfira a elaboração destas normas ao Executivo, dado o elevado custo de transação para que sejam elaboradas através do processo legislativo e a ausência de interessados, entre os envolvidos, em negociar a aprovação

13 A obtenção de renda, por parte de grupos de interesse, ocorre pelo investimento de recursos políticos para receber privilégios legais através de acordos políticos.

14 A extração de renda ocorre através de ameaças, efetuadas por autoridades políticas, de elevar custos ou quebrar acordos políticos, a serem efetuadas caso grupos de interesse não forneçam os recursos políticos.

destas normas em razão de seu baixo valor econômico. Assim, tal tarefa acaba sendo realizada pela Administração, através de atos normativos infralegais, com menor custo político para a edição, para que o Legislativo utilize os seus recursos para deliberar sobre outros assuntos (EPSTEIN; O'HALLORAN, 1999, p. 7-9).

Situação idêntica ocorre com normas que demandem conhecimento técnico especializado para a sua elaboração, como é o caso de normas sobre o cumprimento e fiscalização de obrigações tributárias. Neste caso, a transferência de atribuições ocorre em razão do alto custo para a aquisição de informação especializada e a possível necessidade de atualizações constantes na legislação para a adequação às mudanças na economia, ocorridas por avanços tecnológicos e sociais (EPSTEIN; O'HALLORAN, 1999, p. 7-9).

De forma geral, estas normas de baixo valor político são aquelas que seriam editadas pelo Executivo no modelo de legalidade estrita. Pela possibilidade que a Administração possui de utilizar corpo técnico especializado e editar atos normativos com baixo custo político, a transferência da atividade normativa para o Executivo é um meio de reduzir o custo para a aquisição de informações, para adequar as normas tributárias às mudanças pontuais nas atividades econômicas, assim como para programar meios de recolhimento de tributos ou fiscalização da atividade tributária.

#### **4.2 REDUÇÃO DO CUSTO DE TRANSAÇÃO PARA A APROVAÇÃO DE LEIS EM ASSUNTOS DE INTERESSES CONFLITANTES**

Existem situações nas quais interesses conflitantes, devidamente representados por parlamentares, competem para a aprovação de uma lei e impedem a formação de maioria em votações. Nestes casos, é mais provável a aprovação de textos simples, menos elaborados, que atendam os interesses dos principais grupos, apesar de, na prática, não negociar especificidades (FARBER; FRICKEY, 1991, p. 81; SIMON, 1991).

Assim, tem-se que a adoção de textos vagos possui menor custo de transação para a aprovação do que textos minuciosos, com diversos aspectos a serem negociados. O uso de termos vagos e amplos, entretanto, faz com que o Executivo tenha que especificar o sentido destes termos de forma mais concreta através da regulamentação, transferindo as disputas entre grupos distintos para outra esfera de deliberação, ainda que objeto de acordos mais instáveis e de menor

duração, que mudam de acordo com o cenário político (EPSTEIN; O'HALLORAN, 1999, p. 30-31).

Ao se utilizar textos vagos em leis, com menor custo de transação para a sua aprovação, torna-se possível, igualmente, o atendimento de interesses particulares de grupos representados por parlamentares, pois, ao invés de ter de negociar com todos os demais parlamentares e com o Governo, bastará negociar a aprovação da norma pelo Executivo, a ser feita através da atividade regulamentar (RAO, 2015). Tal situação pode trazer ganhos às autoridades eleitas na elaboração da legislação tributária, conforme tópico seguinte.

#### **4.3 A POSSIBILIDADE DE EXTRAIR RENDA, REIVINDICAR O CRÉDITO POLÍTICO E TRANSFERIR O ÔNUS POR MEDIDAS IMPOPULARES**

Apesar dos atos infralegais possuírem menor estabilidade, estes podem gerar ganhos individuais para parlamentares superiores à edição de leis. Isso porque, conforme afirma Rao (2015), a edição de atos infralegais permite aos parlamentares reivindicar, individualmente, o crédito político pela influência exercida perante o Executivo no atendimento dos interesses dos grupos e circunscrição política que representa, ao passo que a aprovação de leis faz esse crédito ser dividido com os demais parlamentares que atuaram para a aprovação da lei ou dispositivo que atende aos interesses de determinado grupo.

Neste sentido, para que um dispositivo legal de interesse de um grupo seja aprovado, é necessária a participação de diversos atores do processo legislativo para formar as maiorias necessárias nas votações. Inicialmente nas comissões, posteriormente nos plenários das duas câmeras legislativas e ultrapassar o veto da Presidência. Cada etapa demanda uma série de barganhas e a participação de diversas autoridades que clamam para si parte do crédito pela aprovação da medida perante os grupos interessados. Assim, os créditos pela aprovação da medida são divididos entre o parlamentar que atuou para atender os interesses dos grupos que patrocinou o projeto de lei e todos os demais atores que contribuíram para o resultado (RAO, 2015).

Por sua vez, um parlamentar pode negociar com o Executivo ou com as lideranças partidárias a aprovação de um decreto ou outro ato infralegal que atenda o interesse de grupos que patrocinam a elaboração da norma em troca de seu voto em projetos de interesse do Governo. Neste caso, o parlamentar clama para si todo o crédito pela aprovação

da medida de interesse do grupo em razão de sua influência exercida perante o Executivo, sem precisar dividir este crédito com nenhum outro parlamentar. Assim, a recompensa recebida individual, na celebração de acordos políticos, pode ser superior quando estes são realizados através de atos normativos infralegais (RAO, 2015).

O fato dos atos infralegais possuírem baixa estabilidade, com a possibilidade de serem alterados a qualquer momento, possibilita ainda que as autoridades políticas realizem atividades de extração de renda (*rent extraction*). Neste caso, os grupos de interesse passam a conviver com uma constante ameaça de perderem seus privilégios através de mudança nos decretos caso deixem de fornecer recursos políticos ao seu representante. (MCCHESNEY, 1997, p. 61-66).

Sobre a extração de renda, soma-se o fato de que é possível ao Executivo, ao editar atos normativos infralegais, restringir o alcance das leis. Assim, é possível criar empecilhos para a sua aplicação ou utilizando interpretações questionáveis que demandem aos grupos a necessidade de novos acordos de curto prazo com parlamentares e membros do Executivo que não fizeram parte do acordo original que gerou a lei. Tais tensões entre a manutenção de acordos políticos anteriores diante da atividade interpretativa do Executivo, e seu potencial uso para extração de renda, gera tensões para serem resolvidas pelo Judiciário, com aumento da judicialização da tributação (LU, 2014).

Especificamente em matéria tributária, Doernberg e McChesney (1987) apontam que, em razão da legislação tributária possuir elevado valor para os grupos de interesse, as autoridades políticas tendem a preferir acordos de menor duração ou efetuar revisões constantes das leis em matéria tributária. McChesney (1997, p. 86-110) aponta, ainda, que existem situações nas quais é difícil prever o valor futuro dos acordos políticos, nas quais é vantajoso estabelecer acordos de curta duração a serem renovados frequentemente. Deste modo, é possível renegociar os acordos políticos conforme as circunstâncias e manter um fluxo constante de recursos políticos recebidos.

Em outras palavras, parlamentares podem fornecer a grupos de interesse atos infralegais a serem editados pelo Executivo. Deste modo, os parlamentares podem clamar o crédito, individualmente, pela influência no Executivo, ainda que essa negociação ocorra por meio de lideranças partidárias, e manter o apoio do grupo de interesse, afirmando que fornece proteção contra a constante ameaça de alteração na legislação infralegal. O

Executivo e as lideranças de partido que nomearam cargos em ministérios de governo responsáveis pela edição dos atos infralegais, por sua, utilizam a prerrogativa de elaborar legislação como ativo para negociar o apoio de parlamentares a projetos de seu interesse no Congresso.

Ressalta-se que, ainda que tal dinâmica enfraqueça o Congresso, enquanto instituição, perante o Executivo, pelo pressuposto da racionalidade se espera que os parlamentares acabem atuando para atender interesses próprios e a própria perpetuação no poder, em um ambiente de competição, e não o fortalecimento do grupo (RAO, 2015; SHEPSLE, 1992).

Por sua vez, conforme apontado anteriormente, as autoridades políticas estão sujeitas a incentivos contraditórios na elaboração das políticas fiscais. A transferência da competência normativa para o Executivo em situações que possuem impacto eleitoral negativo é, portanto, uma maneira que os parlamentares possuem para transferir a culpa por medidas impopulares. Assim, os parlamentares podem sempre afirmar, perante os eleitores, que as medidas impopulares foram realizadas pelo Executivo e que não possuem ligação com as decisões tomadas em outra esfera estatal (EPSTEIN; O'HALLORAN, 1999, p. 32-33).

Deste modo, existe uma tendência à preferência, pelas autoridades políticas, por celebrar acordos políticos por atos normativos infralegais. Os ganhos, para o Executivo, estão em seu fortalecimento por receber um valioso ativo político para ser utilizado na barganha pela aprovação de projetos de lei de interesse do governo. Para os parlamentares, a edição de decreto pode trazer ganhos políticos superiores aos da edição de leis, pela possibilidade de clamar crédito, individualmente, pela elaboração de legislação perante os grupos de interesse atendidos, além da possibilidade de manter um fluxo constante de apoio, sob a ameaça de cessar os privilégios fiscais a qualquer momento.

#### **4.4 A DESLEGALIZAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO E O USO DE ILUSÃO FISCAL**

Conforme informado anteriormente, se, por um lado, a celebração de acordos políticos, em matéria tributária, diz respeito a gerar privilégios a alguns grupos políticos, por outro existe a pressão por aumento de gastos públicos, a serem suportados através da tributação. Neste sentido, a edição de atos normativos infralegais é um meio propício para a adoção de mecanismos de ilusão fiscal, enquanto expedientes que reduzem a percepção social da tributação, e reduzir o impacto político-eleitoral do aumento da carga tributária.

Existem diversos mecanismos que podem ser utilizados pelas autoridades políticas para reduzir a percepção da tributação entre os contribuintes. Entre elas pode-se citar a inclusão da tributação no valor do produto vendido aos consumidores sem que estes saibam qual a proporção do preço corresponde a tributos; a cobrança de tributos por dentro, com a inclusão de seu próprio valor na base de cálculo; a inclusão de diversos tributos um na base de cálculo do outro; assim como a adoção de um sistema com um complexo emaranhado de normas que poucas pessoas consigam entender o quanto cada um está efetivamente arcando com o ônus de sustentar o Estado através da tributação (WAGNER, 1976; NOGUEIRA; SIQUEIRA; LUNA, 2015).

A possibilidade de elaboração de legislação com baixo custo de transação, através de atos infralegais, possui ainda o efeito de maior produção de normas gerais e maior alteração das normas existentes. Deste modo, entre outras medidas, é possível realizar diversas alterações pontuais no modo de apurar ou recolher tributos, com efeitos arrecadatórios, elevando a tributação aos poucos e reduzindo a transparência da atividade tributária (WAGNER, 1976).

Através de atos normativos infralegais é possível, por exemplo, impor limites ao uso de deduções de tributos ou utilização de créditos tributários, ou elevar os custos que os contribuintes possuem para apresentar todas as informações necessárias para preencher formulários, ou mesmo elevar a aplicação de multas por não cumprimento das complexas obrigações acessórias. Deste modo, evitando o lento e custoso processo legislativo através da edição de atos normativos infralegais, é possível elevar a arrecadação simplesmente realizando pequenas mudanças na legislação sem que muitos eleitores sequer percebam.

Nesse sentido, em um ambiente jurídico de complexidade à tributação, existe uma tendência a baixa resistência política, por parte dos contribuintes, à elevação na tributação efetuada por diversas alterações de pequeno impacto, dado o elevado custo de informação para adquirir a informação em comparação ao baixo custo de recolher tributos, pontual, que cada alteração produz (ABELER; JAGËR, 2015).

Neste cenário, os parlamentares recolhem as vantagens políticas da atividade legislativa em matéria tributária, editando leis populistas, como uma tabela progressiva de imposto de renda e uso de deduções para gastos em educação ou saúde, mas que possuem os seus efeitos restringidos através de normas infralegais para elevar a arrecadação ou realizar acordos de curto prazo que permitam a extração de renda.

#### 4.5 PRECAUÇÕES NO USO E MANUTENÇÃO DE ATIVOS POLÍTICOS AO ELABORAR A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

Há que se ressaltar que a aprovação de leis é um ativo importante para o Legislativo no mercado político e perder parcela deste ativo significa reduzir a capacidade de barganha (FARBER; FRICKEY, 1991, p. 83). Por esta razão, os parlamentares, grupos de interesse e o Executivo realizam escolhas sobre quais situações são vantajosas de serem realizadas por atos normativos infralegais e quais não o são.

Em casos nos quais algum grupo organizado, com ampla representação de seus interesses no Congresso, sem interesses divergentes e, conseqüentemente, baixo custo de transação para aprovar uma lei (conforme tópico 4.2), o acordo político é celebrado por leis (STEARNS; ZYWICKI; MICELI, 2018, p. 446-449). Nestas situações os grupos representados passam a ter, inclusive, maiores controles da permanência destas normas pela maior dificuldade de serem alteradas no futuro.

Igualmente ao Executivo, em projetos de seu interesse, pode ser vantajosa a edição de leis, já que a norma tende a ser mais estável e reduz a chance de ser objeto de novas barganhas, com os decorrentes gastos com negociações. Assim, situações que sejam de grande interesse político-econômico do Executivo tendem a gerar acordos realizados por leis, já que possuem maior valor econômico pelo maior custo de transação para realizar alterações no futuro. Estas leis costumam ter o texto elaborado pelo Executivo para que sejam aprovados integralmente com pouca discussão, mediante barganha para a aprovação integral do projeto (SIMON, 1991).

Mesmo nos momentos em que permite a que atividade normativa ocorra por atos infralegais, o Legislativo pode fazê-lo resguardando seus ativos políticos (DAVID, 1999). Isso pode ser feito *ex ante*, através da determinação dos limites da discricionariedade do Executivo na atuação normativa e, *ex post*, por poder, a qualquer tempo, efetuar alterações nas leis, assim como pela participação na barganha por indicar cargos no Executivo (STEARNS; ZYWICKI, P. 367-369).

Os controles *ex ante* e *ex post* não são isentos de custos. Para que exista uma maior limitação da atividade normativa infralegal, *ex ante*, existem custos de transação e de informação na aprovação de textos mais elaborado. Igualmente, maiores limitações restringem a capacidade de adaptação do ente delegado a novas situações

que, eventualmente, não poderiam ser resolvidos pela atividade regulamentar. Por outro lado, a manutenção de cargos indicados por parlamentares pode exigir a continuidade de apoio ao Executivo, reduzindo a liberdade parlamentar com relação à lealdade ao Governo (STEARNS; ZYWICKI, P. 367-369).

Neste contexto, em momentos em que o Executivo consegue formar uma coalizão para aprovar projetos de lei de seu interesse, é esperado que ocorra uma maior transferência de competência normativa ao Executivo. Por sua vez, em momentos de instabilidade política e dificuldades de formar uma base estável no Congresso, é esperado que o Legislativo retire atribuições e restrinja a competência normativa do Executivo (LOHMANN; OHALLORAN, 1994).

## **5 A LEGALIDADE TRIBUTÁRIA ENQUANTO REGRA PARA O MERCADO DA POLÍTICA**

A escolha adequada das regras que regulam o mercado político para a elaboração da legislação tributária, pelo Judiciário, pode criar incentivos aos atores políticos para editar normas que aumentem a atividade econômica, criem condições adequadas de concorrência e estabeleçam limites economicamente adequados para a prática de receber e extrair rendas por grupos de interesse e autoridades políticas.

Assim, limitações constitucionais, como a legalidade estrita e a necessidade de quórum qualificado para legislar em algumas matérias, existem justamente com a função de elevar os custos de transação para a tomada de decisões políticas nas quais existe uma tendência de exploração da sociedade por grupos pequenos e organizados. Isso ocorre em algumas situações de definição de gasto público e em matéria tributária, ou do abuso de direitos fundamentais por maiorias contra minorias (MACEY, 1988; BERGGREN; KARLSON, 2003).

Neste ponto é relevante informar que a atividade de barganha e interação entre grupos de interesse e autoridades políticas não deve ser encarada, necessariamente, como economicamente nociva à sociedade. A barganha, o *rent seeking* e o *rent extraction*, conceitos apresentados neste artigo, fazem parte das instituições democráticas e compõem os mecanismos pelos quais as preferências sociais agregadas são selecionadas pelas autoridades eleitas. Entretanto, assim como ocorre no mercado de transação de mercadorias e serviços, é fundamental que o mercado de trocas da política seja competitivo e transparente para este que produza

resultados economicamente eficientes, mesmo com a atuação egoísta de seus participantes (LAKE; BAUM, 2001).

Deste modo, quando se exige que acordos políticos para editar normas em matéria tributária sejam feitos através do processo legislativo, se impõe que se sujeitem a uma série de acordos em diferentes etapas, nas diversas comissões, com grupos amplos, devidamente representados por parlamentares. Este processo, além de aumentar a transparência do sistema político, em oposição aos acordos para a edição de atos normativos infralegais nos quais dificilmente se sabe quem são os parlamentares envolvidos, acaba por fazer com que os beneficiários da lei tenham que recompensar outros grupos pelo apoio fornecido, atendendo demandas sociais mais amplas.

Igualmente, a maior estabilidade produzida por acordos celebrados através de leis cria um cenário com menor quantidade de acordos de curta duração entre grupos de interesse e autoridades políticas. Além das vantagens econômicas da segurança jurídica por uma maior previsibilidade das regras, os ganhos sociais de acordos mais longos e estáveis, passa pela redução dos gastos sociais para a celebração acordos políticos. Tal inferência decorre do fato de que os recursos investidos na atividade política (com a contratação de lobistas, por exemplo) deixam de ser utilizados em outras atividades com potencial para gerar mais riquezas para a sociedade. Quanto menores os gastos com a atividade política, mais recursos são empregados em outras atividades econômicas (STEARNS; ZYWICKI; MICELI, 2018, p. 434-442).

Com relação a normas com potencial para elevar a arrecadação, conforme demonstrado no tópico anterior, além do custo da instabilidade, o uso excessivo de atos normativos infralegais potencialmente eleva a complexidade da tributação pelo aumento na quantidade de atos normativos. Neste ponto, Plutarco, Gico Junior e Valadão (2012) apontam que a complexidade da legislação tributária gera custos de conformidade para os contribuintes, além dos custos operacionais para o Estado<sup>15</sup>, elevando o peso morto da tributação sobre a economia.

Todos os recursos utilizados pelos contribuintes e pelo Estado para a conformidade à tributação possuem um custo de oportunidade: ao

---

15 Entre os custos de conformidade tem-se, por exemplo, a contratação de advogados, consultoria, provisionamento de recursos para custos incertos e disputas judiciais. Como exemplos de custos operacionais para o Estado, pode-se citar a necessidade de alocar grande quantidade de recursos na atividade de fiscalização e cobrança de tributos, estrutura para julgamento de recursos administrativos, além do gasto com procuradores da Fazenda e custo de ocupar recursos do Judiciário

serem utilizados desta maneira deixam de ser utilizados em atividades com maior potencial de geração de riquezas ou bem-estar à população. Os contribuintes poderiam utilizar estes recursos para ampliar a produção ou aumentar o seu consumo, gerando riquezas, e o Estado poderia utilizar estes recursos em outras áreas de atuação estatal, como, por exemplo, a prestação de serviços de saúde ou educação (PLUTARCO; GICO JUNIOR; VALADÃO, 2012).

Deste modo, ao definir a extensão do princípio da legalidade tributária, o Judiciário precisaria considerar, para atingir os demais valores constitucionais, a estrutura de incentivos criados no meio político e seus efeitos positivos ou negativos. Entre os fatores a serem considerados estão a preferência dos parlamentares pela celebração de acordos de curta duração, em razão do maior ganho individual de recursos políticos, a proliferação de acordos políticos para a obtenção de renda (*rent seeking*) e a de extração de renda (*rent extraction*), assim como a maior possibilidade de utilização de expedientes de ilusão fiscal através de atos normativos infralegais, conforme exposto neste trabalho.

## 6 CONCLUSÃO

Este artigo abordou aspectos jurídicos, políticos e econômicos da alteração do sentido da legalidade tributária pelo Judiciário e da deslegalização da tributação.

Buscou-se ultrapassar a dimensão jurídica da legalidade tributária para expor a deslegalização da tributação como uma reação das autoridades políticas a incentivos existentes. Neste aspecto, a legalidade tributária é parte da estrutura de regras que definem os termos do mercado da política.

Conforme apresentado, as escolhas realizadas pelas autoridades políticas entre os instrumentos legais para editar normas, ocorre considerando os custos e ganhos que cada instrumento normativo pode oferecer, em cada contexto. Assim, há situações nas quais os participantes preferem a edição de uma lei, em razão de sua maior estabilidade. Em outras, preferem atos infralegais, em razão de seu menor custo político. No modelo apresentado, presume-se a preferência de parlamentares, em ampla quantidade de circunstâncias, pela edição de normas em matéria tributária por atos infralegais. Tal preferência ocorre por cinco motivos.

O primeiro motivo é a possibilidade de o parlamentar receber maiores ganhos individuais na edição de atos infralegais. Pode ele clamar

para si o crédito pela influência exercida sobre o Executivo perante grupos de interesse. Não divide os recursos políticos recebidos com os demais atores que figuram no processo legislativo, como seria necessário na edição de uma lei.

O segundo motivo é por poder transferir o ônus de elaborar legislação de baixo valor político e econômico para o Executivo. Os parlamentares podem utilizar os seus recursos escassos (como tempo e equipe de trabalho) na elaboração de leis de seu maior interesse.

O terceiro motivo se revela pela possibilidade de transferir para outra arena decisória assuntos em que figuram interesses divergentes, nos quais existe dificuldade para formar a maioria necessária para aprovar por lei o texto desejado por grupos opositores.

A instabilidade dos atos infralegais confere, ainda, maiores oportunidades às autoridades políticas para realizar esquemas de extração de renda (*rent extraction*), como um quarto motivo.

Finalmente, a edição de atos normativos infralegais pode transferir o ônus de decisões impopulares ao Executivo. Neste caso, atos infralegais podem ter efeitos arrecadatórios sem que os eleitores vinculem a realização do ato com os parlamentares e possibilitam a utilização de técnicas de ilusão fiscal para reduzir o impacto político-eleitoral da cobrança de tributos.

Neste contexto, as escolhas sobre a aplicação do princípio da legalidade efetuadas pelo Judiciário devem considerar incentivos gerados para que as autoridades políticas celebrem acordos socialmente eficientes. Do modelo elaborado, infere-se que a legalidade tributária estrita gera incentivos para a redução de gastos sociais com a atividade de busca de renda (*rent seeking*), por grupos de interesse, e extração de renda (*rent extraction*), por autoridades políticas.

Igualmente, na legalidade estrita, a maior transparência do processo legislativo, em tese, e a necessidade, por parte dos grupos de interesse privilegiados, de compensar outros grupos para a formação de maioria no Congresso fazem com que se aumente a competitividade, e a eficiência, do mercado da política.

Há que se considerar, ainda, que maior estabilidade normativa gerada pela legalidade tributária estrita reduz os custos de conformidade

da tributação para empresas e para o Governo. A redução destes custos possui impacto econômico e social na medida em que os recursos que deixam de ser empregados na atividade de arrecadar tributos podem ser empregados em outras atividades, com maiores ganhos à sociedade.

## REFERÊNCIAS

ABELER, Johannes; JAGGER, Simon. Complex Tax Incentives. *American Economic Journal: Economic Policy*, S.i., v. 7, n. 3, p.1-28, ago. 2015. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/24466022>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

AGUIAR, Julio Cesar de. Abordagem Econômica do Direito: Aspectos Epistemológicos. *Lusitana: Revista de Ciência e Cultura*, Coimbra, v. 2, n. 1, p.169-186, jan. 2002.

\_\_\_\_\_. O direito como sistema de contingências sociais. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 37, p. 164-193, dez. 2013.

AMES, Barry. Electoral Strategy under Open-List Proportional Representation. *American Journal Of Political Science*, [s.l.], v. 39, n. 2, p.406-433, 1995. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2111619>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

ANDRADE, Regis de Castro. Processos decisórios na Câmara dos Vereadores e na Assembleia Legislativa de São Paulo. In: ANDRADE, Regis de Castro. *Processo de Governo no Município e no Estado*. São Paulo: Edusp, 1998. p. 15-40.

BARRETO, Leonardo. *O voto para deputado distrital: como o candidato escolhe o seu eleitor*. Brasília: Universidade de Brasília, 2013. 124 p.

BERGGREN, Niclas; KARLSON, Nils. Constitutionalism, division of Power and transaction costs. *Public Choice*, [s.l.], v. 117, n. 1/2, p.99-124, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 838284. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 19 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 986.296. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 21 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.586.950. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 13 out. 2017.

BRITO, Edvaldo. Princípio da legalidade tributária. In: ELALI, André et al (Org.). *Direito Tributário: Homenagem a Hugo de Brito Machado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 85-96.

BUCHANAN, James M. *Politics as Public Choice: The Collected Works of James M. Buchanan*; volume 13. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 2000.

CANADO, Vanessa Rahal. *Legalidade tributária e decisão judicial: Desmistificando o modelo civil law e recolocando o papel da jurisprudência para a regulação de condutas no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, 204 p.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CERVI, Emerson Urizzi. Produção legislativa e conexão eleitoral na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 17, n. 32, p.159-185, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v17n32/v17n32a10.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

DAVID, Dana. Bargaining in the shadow of democracy. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 148, n. 2. Pennsylvania, ago. 1999.

DERZI, Mizabel de Abreu Machado. Tipo ou Conceito no Direito Tributário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Vol. 31, fls. 213 a 260, Belo Horizonte, 1988.

DOERNBERG, Richard L.; MCCHESENEY, Fred S. Doing good or doing well?: Congress and the tax reform act of 1986. *New York University Law Review*, Nova Iorque, v. 1, n. 62, p.891-926, out. 1987.

DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*. São Paulo: Edusp, 1999. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos.

ELHAUGER, Einer. Does interest group theory justify more intrusive judicial review? In: FARBER, Daniel. *Public Choice and Public Law*. Northampton: Edward Elgar, 2007. p. 49-130.

EPSTEIN, David; O'HALLORAN, Sharyn. *Delegating Powers: A transaction cost politics approach to policy making under separate powers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and Public Choice: a critical introduction*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

FEREJOHN, John; WEINGAST, Barry. A Positive Theory of Statutory Interpretation. *International Review of Law And Economics*, s.i., v. 1, n. 12, p.263-279, jan. 1992.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

FRIEDMAN, David. *Hidden Order: the economics of everyday life*. Nova Iorque: HarperCollins. 1999.

GUSDORF, Georges. *A Palavra*. Lisboa: Edições 70, 2010.

KIEWIET, Roderick; MCCUBBINS, Mathew D. Congressional Appropriations and the Electoral Connection. *The Journal Of Politics*, Chicago, v. 47, n. 1, p.59-82, fev. 1985.

LAKE, David A.; BAUM, Matthew A. The Invisible Hand of Democracy. *Comparative Political Studies*, [s.l.], v. 34, n. 6, p.587-621, ago. 2001.

LOHMANN, Susanne; O'HALLORAN, Sharyn. Divided government and US trade policy: theory and evidence. *International Organization*, S.i., v. 4, n. 48, p.595-632, ago. 1994.

LU, Lynn D. Bargaining in the shadow of tax exceptionalism: expanding access to judicial review of federal agency rules. *Administrative Law Review*, S.i., v. 66, n. 1, p.73-110, jan. 2014.

MACEY, Jonathan R., Transaction Costs and the Normative Elements of the Public Choice Model: An Application to Constitutional Theory. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, Faculty Scholarship Series, Paper n. 1734, ago. 1988. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1734](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1734)>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MANCUSO, Wagner Pralon. O Empresariado como ator político no Brasil: Balanço da literatura e agenda de pesquisa. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 28, p.131-146, jun. 2007.

MAYHEW, David R. *Congress: the electoral connection*. New Haven: Yale University Press, 1974.

MCCHESENEY, Fred S. *Money for Nothing: Politicians, Rent Extraction and Political Extortion*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

MELO, Clovis Alberto Vieira de; SOARES, Kelly Cristina Costa; OLIVEIRA, Luan Pablllo Silva. Distribuição espacial do voto e emendas parlamentares no Brasil: Distritos informais e debilidades da representação estadual. In: *38º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-graduação em Ciências Sociais*, Caxambu, 2014. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt27-1/9089-distribuicao-espacial-do-voto-e-destinacao-de-emendas-parlamentares-no-brasil-distritos-informais-e-debilidades-da-representacao-estadual/file>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

MITCHELL, Willian, C.; SIMMONS, Randy T. *Para além da política: Mercados, Bem-Estar Social*. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Top books, 2003.

MONTEIRO, Jorge Vianna. Elementos da conexão eleitoral. *Revista de Administração Pública*, [s.l.], v. 44, n. 2, p.533-544, abr. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122010000200015](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000200015)>. Acesso em: 26 jun. 2018.

MUELLER, Denis C. *Public Choice III*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003.

NICOLAU, Jairo. O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p.689-720, jan. 2006. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/s0011-52582006000400002>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

NOGUEIRA, José Ricardo; SIQUEIRA, Rozane Bezerra; LUNA, Carlos Feitosa. Taxation, Inequality and the Illusion of the Social Contract in Brazil. *Revista Pesquisa & Debate*, São Paulo, v. 2, n. 26, p.190-209, set. 2015. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/23041/17604>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

NORRIS, Pippa. *Electoral Engineering: Voting rules and political behavior*. Nova Iorque: Harvard Univertsity Press, 2003.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As Relações entre Executivo e Legislativo na

Elaboração do Orçamento Brasileiro. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p.265-301, jan. 2002.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Partidos Fracos na Arena Eleitoral e Partidos Fortes na Arena Legislativa: A conexão eleitoral no Brasil. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p.735-771, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v46n4/a04v46n4.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

RAO, Neomi. Administrative Collusion: How delegation diminishes the collective Congress. *New York University Law Review*, Nova Iorque, v. 1, n. 90, p.1463-1526, nov. 2015.

RICCI, Paolo. O conteúdo da produção legislativa brasileira: leis nacionais ou políticas paroquiais? *Dados*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p.699-734, 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582003000400003&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582003000400003&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 06 abr. 2018.

ROCHA, Sergio Andrade. A deslegalização no direito tributário contemporâneo. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Org.). *Tributação: Democracia e Liberdade*. Em homenagem à Ministra Denise Arruda. São Paulo: Noeses, 2014. p. 529-571.

PLUTARCO, H.m.; GICO JUNIOR, I.t.; VALADÃO, M.a.p. O Custo Social das Obrigações Tributárias Acessórias. *Economic Analysis Of Law Review*, Brasília, v. 3, n. 2, p.338-353, dez. 2012.

ROSE, Richard. Maximizing tax revenue while minimizing political costs. In: STEINMO, Sven. *Tax Policy*. Cheltenham: Elgar Reference Collection, 1998. p. 147-177.

ROTHMAN, Gerd. W., O Princípio da Legalidade Tributária. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 67. São Paulo: 1972, p. 231 a 268. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66651>>. Acesso em: 18 out. 2017.

SHEPSLE, Kenneth A. Congress is a “They,” not an “It”: Legislative intent as oxymoron. *International Review Of Law And Economics*, [s.l.], v. 12, n. 2, p.239-256, jun. 1992.

SIMON, Karla W. Congress and Taxes: A separation of Power analysis. *University of Miami Law Review*. v. 45, n. 2. Miami: 1991. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/umlr/vol45/iss5/4>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

STEARNS, Maxwell L.; ZYWICKI, Todd J. *Public Choice Concepts and Applications in Law*. Saint Paul: Thompson Reuters, 2009.

STEARNS, Maxwell; ZYWICKI, Todd; MICELI, Thomas. *Law and Economics: Private and Public*. Saint Paul: West Academic, 2018.

STRECK, Lenio. A crítica hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio. *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Porto Alegre: Jus podivm, 2017. p. 41-61.

SUNSTEIN, Cass R., JOLLS, Christine, THALER, Richard H., A Behavioral Approach to Law and Economics, *Coase-Sandor Institute for Law & Economics*, WorkingPaper No. 55, 1998. Disponível em: <[https://chicagounbound.uchicago.edu/law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics)>. Acesso em: 26 jun. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TULLOCK, Gordon. *The vote motive*. Londres: The Institute of Economic Affairs, 1976.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgement und eUncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, N.i., v. 185, n. 4157, p.1124-1131, 27 set. 1974. Disponível em: <[http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky\\_Kahneman\\_1974.pdf](http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2018.

VELLOSO, Andrei Pitten. *Constituição Tributária Interpretada*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIEIRA, José Roberto. Legalidade Tributária ou Lei da Selva: Sonho ou Pesadelo. *Revista de Direito Tributário*, n. 84, p. 96 a 108. Malheiros, São Paulo, jan. 2002

\_\_\_\_\_. Fundamentos Republicano-democráticos da Legalidade Tributária: Óbvios Ululantes e não Ululantes. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 20, p. 99 a 124, Instituto Brasileiro de Direito Tributário, São Paulo, 2006.

WAGNER, Richard E. Revenue Structure, Fiscal Illusion and Budgetary Choice. *Public Choice*, s.l., v. 1, n. 25, p.45-61, mar. 1976.



RECEBIDO EM: 11/12/2018

APROVADO EM: 27/06/2019

# OS NOVOS ESPAÇOS PÚBLICOS NA ERA DIGITAL: BREVE ANÁLISE SOBRE AS REDES SOCIAIS COMO INSTRUMENTO PARA O DEBATE POLÍTICO

*THE NEW PUBLIC SPACES IN THE DIGITAL AGE: A  
BRIEF ANALYSIS OF SOCIAL NETWORKS AS A TOOL  
FOR POLITICAL DEBATE*

*Adelaide Carvalho França*

*Pós-graduanda do Curso de Mestrado de Direito Humanos  
Advogada-Geral da União - AGU/SE*

*Carlos Augusto Alcantara Machado*

*Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFC. Professor Adjunto  
de Direito Constitucional dos cursos de graduação e Mestrado da Universidade  
Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes. Procurador de Justiça do  
Ministério Público do estado de Sergipe.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Democracia: do modelo representativo ao modelo participativo; 2 O modelo brasileiro de democracia; 3 Os novos espaços públicos da era digital; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O modelo participativo apresenta-se como uma forma evolutiva do Estado Democrático, inclusive no Brasil e as diversas formas de participação desafiam teóricos da ciência política na identificação dos espaços públicos que se erigem na contemporaneidade, especialmente em tempos que as relações estabelecidas entre os pós-modernos assumem a forma de rede e a inclusão digital passou a ser um direito humano. O presente trabalho, a partir da revisão bibliográfica nacional e estrangeira, buscou investigar, com esteio em método dedutivo, os meios de comunicação, identificados como redes sociais e sua aptidão para tornarem-se novos espaços públicos a abrigar o diálogo dialético no debate político e o consenso entre as posições divergentes. Objetivou-se também dar visibilidade à metodologia acolhida pelas redes sociais para agrupar os usuários a partir de afinidades comuns que reproduzem a cultura narcisista dessa época e que pode interferir na informação e emissão de opiniões.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Redes Sociais. Espaço Público. Debate Político. Cultura do Narcisismo.

**ABSTRACT:** The participatory model presents itself as an evolutionary form of the Democratic State, including in Brazil and the diverse forms of participation challenge political science theorists in the identification of public spaces that are erected in the contemporaneity, especially in times that the relations established between the post-modern networks take the form of a network and digital inclusion has become a human right. The present work, based on the national and foreign literature review, sought to investigate, with a method of deductive method, the means of communication, identified as social networks and its ability to become new public spaces to shelter dialectic dialogue in the political debate and the consensus between the divergent positions. The objective was also to give visibility to the methodology accepted by social networks to group users from common affinities that reproduce the narcissistic culture of that time and that can interfere in the information and issuance of opinions.

**KEYWORDS:** Democracy. Socials Web. Public Space. Political Debate. Culture of Narcissism.

## INTRODUÇÃO

As democracias modernas adotam, em sua maior parte, o modelo representativo, onde a cidadania é exercida primordialmente pelo voto dos representantes políticos que passam a tomar decisões, seja no plano normativo, ou na execução de políticas públicas, de modo a satisfazer as necessidades de toda a população.

No curso do mandato do agente político assiste-se, com um grande distanciamento as intervenções que são realizadas na vida privada de cada um, assim como aguarda-se a implementação das propostas eleitorais, que não raro são esquecidas.

Tais frustrações sempre foram administradas individualmente por cada um na sua vida privada em razão de o espaço público próprio para o debate político haver sido esvaziado pelo mercado capitalista que desarticulou e calou a voz dos cidadãos, impondo-lhes um isolamento alienante.

Nesse contexto, surge na pós-modernidade as mídias digitais e a sua capacidade de promover o esperado religamento.

No entanto, esses meios digitais passaram a ocupar um lugar de destaque na vida social dos indivíduos, pelos atributos da velocidade e universalidade do acesso, mas sofrem críticas por promoverem a invasão da privacidade dos usuários e pelo bombardeio de informações viciadas.

Em recente publicação jornalística de Paulo Roberto Junior (2015), no prestigiado site Observatório da Imprensa, foi divulgada a pesquisa produzida em fevereiro de 2015 pela Quartz – agência estadunidense – sobre os usuários da internet, concluindo que 70% dos brasileiros têm as redes sociais como fonte de informação. Um número bem superior que outros países pesquisados, entre eles a Inglaterra, cujo índice foi de 22%; Alemanha, de 26% e os Estados Unidos, de 37%. Diante dos dados apresentados, alcança-se que o brasileiro recorre aos meios digitais para formar sua opinião sobre diversos assuntos de interesse, em detrimento aos outros meios de comunicação clássicos, como jornais e revistas, menos permeáveis às frivolidades e sujeitos ao controle de autenticidade da informação.

Não obstante o tempo seja o melhor dos juízes para poder confrontar as consequências de cada ato praticado, há que perquirir se as redes sociais prestam-se a ser o novo espaço público para debate político, especialmente

quando as notícias se multiplicam a cada acesso, sem o compromisso com a veracidade, autoria e diversidade.

O presente artigo parte da revisão bibliográfica do tema com a abordagem inicial dos modelos representativo e participativo da democracia. Em seguida, será apresentado como o legislador constitucional e infraconstitucional institucionalizou a democracia participativa no Brasil, ambicionando a expansão dos espaços públicos e, por último, levando em conta tais elementos, será investigado se e como as redes sociais poderão contribuir para o alcance dessa pretensão. O método escolhido foi o dedutivo para explorar o objeto, sem exaurir toda a temática.

## **1 DEMOCRACIA: DO MODELO REPRESENTATIVO AO MODELO PARTICIPATIVO**

Democracia representativa, tal como apresentada por teóricos como Joseph Schumpeter<sup>1</sup> (1961), cinge-se a um processo de escolha dos líderes dirigentes a partir de uma competição eleitoral, onde é apenas permitido a alguns cidadãos o exercício do voto durante as eleições, que ocorrem em intervalos longos, além de colaborarem eventualmente na discussão das resoluções controladas pelos líderes políticos.

Essa redução da democracia ao processo eleitoral fundamenta-se na equivocada concepção de que os indivíduos que compõem a sociedade, imersos em suas necessidades e anseios individuais, são incapazes de construir vontades coletivas (MIGUEL, 2002, p. 500), uma vez que estão orientados apenas a pensarem de forma atomizada. O modelo representativo, portanto, é cindido em dois momentos distintos: no primeiro, com as eleições e no segundo, com o exercício do mandato eletivo. Importa desde já verificar que os verdadeiros titulares dos mandatos públicos, os eleitores, apenas participam do primeiro momento.

Não é demais lembrar que a fórmula clássica da Democracia representativa, em tempos atuais, rege-se pelos seguintes pressupostos básicos a) a eliminação da rigidez formal; b) a supremacia da vontade do povo; c) a preservação da liberdade; e d) a preservação da igualdade (DALLARI, 2011, p. 153). Contudo, argumenta-se que o ideal democrático estaria distanciado da realidade que se traduz na consolidação do sistema

---

1 Joseph Schumpeter, um dos mais importantes economistas do séc. XX, é autor de conhecida teoria do crescimento econômico, bem como de relevantes estudos sobre a democracia. Os seus trabalhos transitam em outras ciências como a sociologia, qualificando-se com inequívoca habilidade interdisciplinar.

oligárquico, com a prevalência da soberania dos ricos e perpetuação no poder de pessoas que, não obstante tenham sido eleitas, não agirão em favor dos interesses da população (COMPARATO, 2006 p. 608).

O distanciamento entre os eleitores e o agente político, que fundamenta a democracia representativa, demonstra a sua falibilidade, justamente por não conceber o debate público com diversos atores sociais, como ferramenta para o combate à desigualdade e à exclusão social.

Nesse sentido, é possível extrair do trabalho filosófico de Hannah Arendt (2002, p. 34) as críticas ao modelo de democracia representativa, por sua paradoxal proposta de funcionamento, uma vez que a liberdade política que lhe fundamenta, além de reduzida apenas ao direito de votar, o interesse público afirma-se pela mera soma de diversos interesses privados.

Os partidos políticos, nessa dimensão, traem o espírito revolucionário, entendido aqui como o anseio de atribuir aos cidadãos o poder de influenciar diretamente nas decisões políticas que lhes afetam. Isto porque, segundo Arendt (2002, p. 35), as agremiações sempre agem visando o interesse de uma elite partidária, ao invés de interesses do povo, e o diálogo estabelecido entre um político eleito e um integrante do povo nunca de se dá a nível de igualdade, mas de forma verticalizada, entre governante e governado.

Ressalta, ainda, Arendt (2002, p. 57) que a forma representativa da democracia, em regra, dá azo ao surgimento de políticos profissionais, por vezes demagogos interessados na administração de seus interesses de perpetuação no poder, promovendo, ademais, o afastamento contínuo do povo do espaço público que lhe compete.

Mesmo diante da situação paradoxal descrita pelos autores citados, em que a Democracia teoricamente garante, o que a prática nega, não há dúvidas que continua sendo o melhor meio de representação, levando inexoravelmente a pensar quais as maneiras de aperfeiçoá-la.

Demonstrando que o regime democrático é o mais adequado para a prevenção de desastres econômicos, além de seu permissor papel dos direitos civis e políticos, Amartya Sen (2010, p.208-209) preceitua:

Assim como é importante salientar a necessidade da democracia, também é crucial salvaguardar as condições e circunstâncias que garantem a amplitude e o alcance do processo democrático. Por

mais valiosa que a democracia seja como uma fonte fundamental de oportunidade social (reconhecimento que pode requerer uma defesa vigorosa), existe ainda a necessidade de examinar os caminhos e os meios para fazê-la funcionar bem, para realizar seus potenciais.

As críticas à democracia representativa levam ao resgate da clássica concepção de soberania popular, igualdade e vontade coletiva, concebidas por Rousseau, Tocqueville, Stuart Mill que há muito haviam desmistificado a incapacidade ou desinteresse do cidadão comum por assuntos políticos (MONTEIRO et al, 2015).

Outros importantes estudiosos, dentre os quais Junger Habermas e Joshua Cohen, buscaram examinar a democracia após a Segunda Guerra Mundial a partir da recuperação de tradições participativas que foram extintas pelo processo de homogeneização das identidades nacionais, que temiam por preconceito, a ascensão das massas ao poder (AVRITZER e SANTOS, 2002).

Também entre os teóricos contemporâneos, destaca-se John Rawls, (2002) com sua Teoria da Justiça, ao apontar como a democracia pode contribuir para produzir condições igualitárias de oportunidades políticas e justiça social. Para ele (RAWLS, 2002, p. 64), é necessário o comprometimento com a garantia de direitos básicos e oportunidade de renda, riqueza, trabalho e educação para todos.

Tal modelo busca compensar os efeitos negativos do liberalismo igualitário a partir da atenção às reivindicações sociais de redistribuição de renda e reconhecimento das identidades de grupos minoritários invisibilizados.

A maior parte das imperfeições apontadas apresentam soluções que determinam uma transição da democracia política para a democracia social, com a ocupação de novos espaços dentro da sociedade, em vista de uma maior aproximação da realidade.

Deste modo, a busca se dá no aperfeiçoando da interação discursiva entre os cidadãos e os representantes na formulação das decisões políticas e no processo de reconhecimento de direitos, liberdades e reivindicações individuais.

Nesse sentido, destaca Manin (2006) que a democracia sofreu poucas mudanças institucionais nos últimos duzentos anos quando os modelos atuais foram inventados:

Exceto pelas nunca implementadas medidas de co-administração dos trabalhadores na Constituição de Weimar, a descoberta da representação proporcional na década de 1860 foi a última grande invenção institucional. Todas as democracias que emergiram desde o final do século XVIII, incluindo as mais recentes, apenas combinaram em diferentes formas, frequentemente peça por peça, as instituições preexistentes. Há portanto, muito espaço para a criatividade institucional.

Talvez imbuído na criatividade que destaca Manin, o constituinte brasileiro deu expressão prática ao engajamento do cidadão nos processos de tomada de decisão na gestão pública. A partir da Constituição de 1988 com a previsão no parágrafo único do art. 1º, de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, traduziu o amplo espectro do exercício da democracia, seja na forma representativa (indireta), como também, na forma participativa (direta).

## 2 O MODELO BRASILEIRO DE DEMOCRACIA

Lorena Madruga Monteiro, Joana Tereza Vaz de Moura e Alan Daniel Freire Lacerda (2015, p. 9), analisando as inovações normativas introduzidas no modelo de Democracia no Brasil, destacam que a Constituição de 1988 caminha no compasso da inovação do arranjo federativo para a transferência da capacidade decisória, funções e recursos do governo nacional para os estados e principalmente para os municípios.

Apontam ainda que estudiosos vêm de forma otimista os novos espaços de deliberação, como os conselhos gestores de política e orçamentos participativos, na busca de garantir mais eficiência, eficácia e efetividade nas políticas públicas, rompendo com o clientelismo e o patrimonialismo.

Os espaços de debate público, representados por Conselhos Gestores de políticas públicas, ganharam previsão constitucional no âmbito da seguridade social (art. 194, VII), gestão da saúde (art. 198, III), da assistência social (art. 204, II) e da educação (art. 206, VI), na promoção e proteção do patrimônio cultural (art. 216, §1º), na gestão e controle de políticas públicas de cultura (art. 216-A, §1º, X e XI), no Conselho Consultivo e de Acompanhamento do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza (art. 79 – ADCT), bem como na sua gestão estadual e municipal (art. 82 – ADCT), além das conferências e audiências públicas e setoriais (MACHADO, 2016, p. 63-69).

Organizados, a partir de diversos normativos federais, estaduais ou municipais de acordo com o âmbito de sua atuação, os Conselhos Gestores

de políticas públicas têm sua composição a partir de variados segmentos da sociedade, inclusive grupos minoritários (quilombolas, indígenas etc.) quando a abrangência das discussões temáticas assim o exigirem.

Tecendo uma análise teórica dos Conselhos deliberativos gestores de políticas públicas, Gomes (2015, p.896) avalia que o modelo participativo preconizado, baseado na composição colegiada, envolve a sociedade civil no diálogo horizontal entre seus componentes, e o melhor argumento define a tomada de decisões mais eficientes na elaboração, gestão e fiscalização das políticas públicas.

Outra forma de espaços de participação direta da sociedade na gestão das políticas públicas são os orçamentos participativos municipais, concebidos para a promoção da cultura jurídica e política de engajamento social em oposição à dependência do Estado.

É de se constatar que a democracia se fundamenta no debate de ideias que pode ser restrito ao momento eleitoral, no modelo representativo puro, como também extensivo ao planejamento, gestão e fiscalização das políticas públicas, no modelo participativo. Em ambas hipóteses, o consenso perseguido no momento do processo eleitoral e após as eleições, só pode ser alcançado quando o debate for o mais amplo possível.

Em tempos digitais, onde as distâncias espaciais são estreitadas pela internet e nela, por redes sociais, e que o acesso é amplamente estimulado a todas as classes sociais, a inclusão digital passou a ser pelo ordenamento brasileiro um instrumento para o exercício da cidadania.

### 3 OS NOVOS ESPAÇOS PÚBLICOS DA ERA DIGITAL

Para Habermas (2003), o sistema político se legitima por meio do poder político comunicativo que ocorre apenas nas esferas públicas, aptas a proporcionarem deliberações democráticas, consubstanciadas em espaços dialogais entre o próprio sistema e o mundo da vida.

É possível antever que a internet é potencialmente uma ferramenta que pode propiciar a mobilização e interação, garantindo o fluxo comunicacional rápido e contínuo entre os cidadãos e também com o Estado.

Nessa perspectiva, Frank La Rue (2011), *Special Rapporteur* da ONU para promoção e proteção da liberdade de opinião e expressão, asseverou que o acesso à internet na atualidade consiste em um direito humano, que

garante a efetividade do disposto no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

[...] Unlike any other medium, the internet enables individuals to seek, receive and import information and ideas of all kinds instantaneously and inexpensively across national borders. By vastly expanding the capacity of individuals to enjoy their right to freedom of opinion and expression, which is an “enabler” of other human rights, the internet boosts economic, social and political development, and contributes to the progress of humankind as a whole. [...] Given that the internet has become an indispensable tool for realizing a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress, ensuring universal access to the internet should be a priority for all states.<sup>2</sup>

No Brasil dois diplomas legais exaltam o direito ao acesso à internet como essencial ao exercício da cidadania e obtenção de informações públicas. São eles: o Marco Civil da internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) e a Lei de Acesso à informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011). Em ambos, o caráter democrático está aliado ao custo do acesso, sensivelmente reduzido se comparado aos outros meios de comunicação e menos veloz na prestação da informação ao usuário.

No entanto, não se pode perder de vista que a internet (redes sociais) é um instrumento de comunicação e como tal não pode ser avaliado de forma dissociada da ação humana como produtora da informação.

Natália Viana (2013, p. 9-18) alerta que a internet revolucionou a comunicação transformando qualquer pessoa em produtora de informação, antes restrita aos profissionais especializados e vinculados a algum veículo de imprensa, com a capacidade de produzir e distribuir jornais, revista e livros.

---

2 Tradução livre: “[...] Diferentemente de qualquer outro meio, a internet possibilita que os indivíduos procurem, recebam e transmitam informações e ideias de toda sorte, instantânea e gratuitamente, cruzando fronteiras nacionais. Ao expandir vastamente a capacidade das pessoas de exercitarem seu direito à liberdade de opinião e de expressão – promotor, por excelência, de outros direitos –, a internet gera avanços no campo do desenvolvimento econômico, social e político, assim como contribui para o progresso da humanidade como um todo. [...] Dado que a internet se tornou uma ferramenta indispensável para a realização de um sem número de direitos humanos, para o combate da desigualdade e para a aceleração do desenvolvimento e do progresso humanos, assegurar um acesso universal à internet deveria ser prioridade de todos os Estados. [...]”

Com o advento da internet, repisa a precitada autora, a informação é produzida de forma mais horizontal, e diretamente relacionada com a realidade vivenciada pelo agente da notícia.

Em outras palavras, o cidadão como produtor, personaliza a notícia de acordo com suas necessidades, desejos e interpretações, tornando públicas as suas ideias, como também passou a consumir mais dessas informações igualmente produzidas pela rede de pessoas que tenham com ele afinidade ideológica.

Rosental Calmon Alves (2006, p. 97) reforça o argumento ao destacar:

Na lógica que a internet está criando, não tem sentido que eu escute algo que não escolhi. Se vou escutar um pacote de notícias, será um pacote que eu forme, de acordo com meus interesses, para ser consumido na hora que eu quiser, onde eu quiser.

Esclarece ainda que os mecanismos algorítmicos, utilizados para fazer uma customização da navegação *online* determinam o acesso aos conteúdos definidos de forma personalizada, transformando a experiência de navegação cibernética a mais prazerosa possível. Para tanto, abstrai-se dessa experiência as informações que não tenha o propósito do prazer instantâneo. Se o usuário da rede social nunca visitar nenhum site que discute a fome no mundo, ou a violência que assola o Brasil ou ainda a precariedade da educação em sua cidade, tais temas nunca o importunará com reflexões críticas inconvenientes, pois o sistema algoritmo blindará o usuário dos assuntos, pessoas e coisas que em ambiente real o incomoda e que não o diverte (ALVES, 2006, p.98).

Nesse contexto, o “amigo virtual” tem um papel predefinido de espelhar os anseios de seus pares sem criticá-los, mas sim de enaltecê-los a cada publicação com palmas virtuais e reproduções de falas em outras redes sociais ou em seu próprio perfil. E a publicação repetida infinitas vezes e de diferentes maneiras vira um fato, e o fato transforma-se em verdade incontestável.

Observe-se que o consumidor de informações de redes sociais poderá irrefletidamente naturalizar preconceitos e violência travestidos de uma piada irreverente ao replicá-la, contribuindo para a desconstrução de parâmetros éticos mínimos de convivência social, pautado no respeito às diferenças.

No final desse processo, o mal, entendido aqui como um comportamento antiético, vai tomando cores aceitáveis, e até se tornar

expressões de civismo, ou idoneidade moral. Percebe-se que entre a piada de mau gosto e a naturalização da comunicação violenta, há decurso de apenas alguns segundos e milhões de *clicks* dos usuários das redes.

Filósofos como Umberto Eco<sup>3</sup> endureceram a crítica à consagrada liberdade de expressão que propiciou a internet, em nome da qual todos têm opiniões imediatas e irrefletidas a dividir, não importa o assunto em pauta, seja ele de natureza política, sociológica ou qualquer área do conhecimento humano. E quanto mais se posta nas redes sociais e compartilha informações, mais o sistema algoritmo estimula o contato com outras pessoas que têm o mesmo padrão de conduta.

Processo constitutivo das informações produzidas pelas redes sociais é de se ver essencialmente de exclusão, uma vez que determinado pela aproximação de indivíduos de interesses similares, com abstração do que e quem for divergente.

A repetição infinita e dentro de um universo particular e narcisista abre espaço para questionar esse novo espaço público, simbolizado por uma bolha para alguns autores como Sergio Branco (2017, p.53), por reforçar o imaginário de isolamento que se ficciona para o usuário das redes sociais. Destaca o referido autor:

Esse enclausuramento silencioso, mistura de escolha tecnológica e analfabetismo digital, vem sendo fartamente criticado. Motivos, é bem verdade, não faltam. A bolha limita a diversidade, já que o usuário segue recebendo indefinidamente conteúdo postado por aqueles seus amigos e conhecidos com quem já detém afinidade ideológica.

Dessa forma, fica menos sujeito a críticas e opiniões contraditórias, limitando, assim, a gama de informações que recebe.

Se a ausência de contrapontos empobrece a discussão e não põe à prova o argumento, a falta de credibilidade que também caracteriza as informações veiculadas nas redes fragiliza esse veículo como instrumento de fortalecimento da democracia.

---

3 Umberto Eco após receber o título honoris causa da Universidade de Torino preleciona que a internet proporcionou a invasão dos imbecis que agora se arvoram ao direito de emitir opinião tanto quanto os ganhadores de prêmio Nobel in: *Internet? Ha dato diritto di parola agli imbecili: prima parlavano solo al bar e subito venivano messi a tacere.* (HUFFPOST, 2018)

As *fake news*, como se habitou a referenciar as notícias falsas veiculadas nas redes sociais, são muitas vezes produzidas por empresas especializadas em atrair a atenção do público por meio de conteúdos sensacionalistas.

Tecendo considerações sobre o ambiente das redes sociais e sua fecundidade para a proliferação das *fakes news*, Renê Moraes da Costa Braga (2018, p. 211) assevera:

A indústria dos *fake news* prospera, portanto, da ausência de tolerância. Nesse contexto, em um ambiente de polarização política, ao invés de admitir a presença de opiniões distintas ou conflitantes e tratar a pluralidade destas como positiva, o indivíduo busca por elementos que reafirmem e comprovem suas concepções geralmente incriminando ou culpabilizando o grupo no espectro oposto de todas as mazelas existentes.

Um ambiente de polarização política e carente de tolerância e pluralismo político favorece esse fenômeno. Nessas condições de ambiente um indivíduo que pode ser identificado como sectário de esquerda, por exemplo, tende a enxergar nos membros de um grupo de direita pessoas que não se importam com questões sociais e que são refratárias a mudanças por puro egoísmo. O membro de um grupo de direita pautaria suas ações e opiniões por nada além de egoísmo e maldade.

[...]

Da mesma forma, em um ambiente de polarização política e carente de tolerância, o indivíduo que pode ser identificado como sectário de direita tende a enxergar nos membros de grupos de esquerda concepções hipócritas ou ingênuas e que acabam por tolher as liberdades individuais subvertendo a lógica de uma sociedade que, mesmo imperfeita, funciona. O membro de grupo de esquerda pautaria suas ações e opiniões por interesses escusos e intentaríamos subverter a lógica social para desrespeitar direitos.

Esclarece o referido autor, lançando mão de fundamentos da psicologia, que a intolerância própria do ambiente das redes sociais está associada ao fenômeno de confirmação (*confirmatio bias*), por meio do qual o indivíduo busca e interpreta informações que ratifiquem as suas próprias concepções como forma de justificação de seu raciocínio e a capacidade de compreensão da realidade que norteia o seu agir.

Dessa forma, quando se está exposto a uma situação imprevisível ou que não se coaduna com a sua compreensão da realidade, automaticamente

o indivíduo se sente vulnerável e ansioso em razão do sofrimento causado pela dissonância cognitiva que caracteriza esse processo. Em situação inversa, ao deparar-se com posições coincidentes, alcança-se uma sensação de recompensa, ainda que tal prazer decorra da escolha de ignorar os sinais de que não há perfeita coincidência entre seu posicionamento e a realidade (BRAGA, 2018, p. 212).

Na democracia o consenso<sup>4</sup>, tal como preconizado por Chantal Mouffe (2015), não pode ser alcançado quando os atores sociais não ambicionam a convivência respeitosa e o reconhecimento com a diferença.

Em razão dessa limitação dialógica das redes sociais, na qual as discussões não capazes de “produzirem contextos comunicativos significativos”, Natalia Raimondo Anselmino, Maria Cecilia Reviglio e Ricardo Divani, quando se debruçam para analisar as redes sociais a partir do *Facebook*, concluem pela impossibilidade de adequação destas ao conceito clássico habermasiano de esfera pública, em razão da evidente ausência de diálogo e vínculos entre os participantes que determinariam a consequente ação política.

E asseveram:

Embora seja verdade que o modelo habermasiano já vinha falhando desde sua origem, como temos assinalado, nas redes a dita fissura se faz mais evidente porque o que prima é outro tipo de lógica, na qual a tensão entre o racional e o somático gera vínculos onde não parece se constituir, pelo menos por enquanto, um “nós” mais que como espasmos puramente momentâneos. Portanto, considerasse a hipótese de que o Facebook poderia ser pensado como um novo espaço de emergência do comum, onde adquirem visibilidade e se tornam virais as opiniões concebidas na vida online e off-line, mas que não necessariamente vão derivar em práxis política.

A ineficiência das redes sociais não está na falta de controle da veracidade das informações e como ela pode ser manipulada para objetivos escusos, inclusive propósitos antidemocráticos.

Frise-se que a internet e as redes sociais são instrumentos de comunicação, que se prestam a atender o propósito do comunicador. Não

4 Nesse sentido Chantal Mouffe (2015) aponta que a democracia não pretende a superação dos conflitos estabelecidos entre adversários e não inimigos, mas os consensos provisórios abertos aos canais permanentes de negociação.

é possível responsabilizar as armas pelos homicídios que ocorrem no mundo, não obstante possa sim haver uma política de controle do mau uso.

Ousa-se, portanto, indicar que a falha desses instrumentos para expandir sua missão como espaço público democrático está igualmente relacionada à crise ética que a sociedade pós-moderna vivencia, identificada por Christopher Lasch (1983) como cultura do narcisismo.

Trata-se da observação de que o indivíduo, na tentativa de fugir da angústia da constatação de sua expressão microscópica no universo, rompe com laços morais anteriores que determinavam um comprometimento maior com sentimentos que definam a sua humanidade, tais como o amor e a fé. E centrado em suas próprias necessidades imediatas, nega o seu tempo histórico, entendido como o senso de pertencimento a uma geração que sucedeu outra passada e que condicionará a vida das que lhe sucederão.

Para Lasch (1983, p. 30) o desprendimento dos valores morais não representou para o homem pós-moderno a liberdade idealizada, mas sim a dependência:

Não obstante suas ocasionais ilusões de onipotência, o narcisista depende dos outros para validar sua autoestima. Ele não consegue viver sem uma audiência que o admire. Sua aparente liberdade dos laços familiares e dos constrangimentos institucionais não o impedem de ficar só consigo mesmo, ou de se exaltar em sua individualidade. Pelo contrário, ela contribui para sua insegurança, a qual ele somente pode superar quando vê seu “eu grandioso” refletido nas atenções das outras pessoas, ou ao ligar-se àqueles que irradiam celebridade, poder e carisma.

Seguindo nessa mesma direção, Debord (2003, p.18) busca entender a comunicação na sociedade contemporânea ávida pelo consumo desmedido na ânsia de aplacar o vazio dos valores morais que antes lhe identificava. Para ele, é preciso “(a)parecer” exatamente aquilo que não é.

Nessa crise ética em que está mergulhada o homem da sociedade pós-moderna que liquefez as estruturas sólidas da modernidade baseada na racionalidade científica, não há espaço para os indivíduos se responsabilizarem por ações ou metas coletivas ou utopias políticas de longa duração (BAUMAN, 2001, p. 102).

Para Bauman (2001), o homem da globalização fluida, que só muda a si mesmo pelo prazer instantâneo, revela a naturalização dos descartes,

o desenvolvimento da irreflexão e da ingênua consciência de que não conduz a própria vida.

Por fim, é também oportuno assinalar que, o cenário cibernético tem sua experiência positiva para o despertar para mobilização, como ocorreu em diversas partes do mundo, e que determinaram a organização de manifestações e a divulgação desta na Espanha, Portugal, Islândia, Itália, Grécia e as revoltas que compuseram a Primavera Árabe e a *Occupy Wall Street*.

No Brasil, estas manifestações organizadas por movimentos sócio espaciais ocorreram em junho e julho/2013 (BAVA, 2013), quando milhares de pessoas tomaram conta dos espaços públicos urbanos em 400 cidades do Brasil.

Inicialmente, o descontentamento, esteve restrito ao aumento da tarifa de ônibus em São Paulo – “Movimento de Passe Livre”, mas passou a abranger toda sorte de sofrimento e contingências da população brasileira, como o preço do aluguel, espoliação humana, a corrupção, a necessidade de reforma política, melhoria da saúde pública entre outras reivindicações (PERUZZO, 2013, p. 80).

Esses movimentos espontâneos surgidos a partir do chamado das redes sociais se caracterizaram especialmente pela ampla participação da juventude, e pela ausência de coesão entre os participantes.

Os jovens ajudaram a convocar e replicar as imagens em tempo real pelo celular, determinando a expansão do movimento para além do intento inicial. Mas estar juntos não implicou em comunhão de propósito, pois, como bem assevera Cílicia M. Krohling Perruzzo (2013), as manifestações em junho de 2013, resultaram numa “mescla de segmentos de classe e de tendências político-ideológicas: esquerda, liberais, conservadores, grupos com conotação, gente que quer mudar o Brasil” e também por quem aderiu pela repercussão midiática do evento.

Independente do sucesso ou não das pautas reivindicatórias dos movimentos é ineludível que o teste por que passaram as redes sociais virtuais como espaço público permitiu desde logo certificar a sua eficiência quanto meio de articulação, mas insuficiente para o debate político.

Tem-se, portanto, que considerar que o processo democrático como uma contínua construção e que sofre os efeitos das metamorfoses dos atores sociais deve adaptar-se as novas ferramentas de comunicação, mas sem abrir mão do imprescindível diálogo, amplamente inclusivo e dialético.

No entanto a despolitização do operador, centrado na sua individualidade e movido pela negação de seu tempo histórico, na maioria das vezes, voluntariamente ou induzido pela metodologia das redes sociais, faz mau uso desse espaço público para o espetáculo de futilidades narcisísticas e discurso de ódio.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A breve análise fundamentada nos teóricos anteriormente assinalados apresenta a democracia participativa como potencialmente mais eficiente em promover o combate das desigualdades sociais, por pressupor o permanente diálogo entre os atores sociais e o Estado.

O contínuo contato com a realidade dos administradores das políticas públicas e os destinatários da ação governamental permite não só adequação dos serviços públicos prestados, mas também o aperfeiçoamento da metodologia adotada e sua eficiência dos resultados almejados.

Contudo, esse modelo exige um reposicionamento do cidadão na sociedade. Do isolamento em que está imerso, para o engajamento político, onde o diálogo dialético entre seus pares e os governantes produzam consensos profícuos.

Os novos espaços públicos determinados pela era digital são aptos para superar as distâncias e promover o acesso rápido; qualidades estas consideradas como fundamentais para erigir a inclusão digital como um direito humano em âmbito internacional e para promover o exercício da cidadania na esfera nacional.

Não se pode olvidar que as informações construídas por essa via não estão sujeitas à verificação, o que aliado ao sistema algoritmo que determina o filtro de identidade de perfis, fragiliza a construção de um profícuo espaço público dialético.

A crise ética vivenciada pela sociedade pós-moderna, no entanto, tem seus efeitos também no âmbito político, porque não se pode cartesianamente imaginar que seria diferente.

Demonstrou-se, com supedâneo na análise dos autores citados que as posturas narcisísticas e amantes da espetacularização do “eu grandioso” necessárias para a validação constante da autoestima do homem pós-moderno, representam o maior empecilho para o diálogo promotor da inclusão, objetivo primeiro da democracia participativa.

A internet e as redes sociais, ainda que tendenciosamente impulsionem a alienação do consumo desmedido, a naturalização de preconceitos e o discurso de ódio, devem ser concebidas como expressões construtivas da criatividade humana, que, ademais, se mostraram bastante eficientes na articulação de manifestações sociais recentes, as quais publicizaram a insatisfação da população com as contingências sociais que penalizam especialmente os mais pobres. Evidentemente que as opiniões lançadas nas redes sociais, em nome da tão difundida liberdade de informação no mundo democrático, não podem deixar de passar por necessários filtros contra posições ideológicas que buscam relativizar fatos históricos e até desconsiderá-los ou distorcê-los.

A *contrario sensu*, a democracia digital que se delineia deve estar aberta às adaptações que o mundo cibernético inexoravelmente impõe. Para tanto, as redes sociais podem contribuir para esse processo quando alcançarem a universalidade dos cidadãos e adotarem uma metodologia que permita o debate dialético e deliberações para o bem comum. Tudo isso, em consonância com uma ética pautada no respeito e reconhecimento das diferenças. A democracia só tem a ganhar.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Rosental Calmon. “Jornalismo digital: Dez anos de web... e a revolução continua”. *Comunicação e Sociedade*, v. 9-10. p. 93-102. 2006. Disponível em: <<http://revistacomsoc.pt/index.php/comsoc/article/view/1157>>. Acesso em: 01 out. 2018.
- ANSELMINO, Natalia raimondo; REVIGLIO, Maria Cecília; DIVANI, Ricardo. Esfera pública e redes sociais na Internet. O que é novo no Facebook? *Rizoma*, v.4, n. 1, 2016. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/306244374\\_Esfera\\_publica\\_e\\_redes\\_sociais\\_na\\_Internet\\_O\\_que\\_e\\_novo\\_no\\_Facebook](https://www.researchgate.net/publication/306244374_Esfera_publica_e_redes_sociais_na_Internet_O_que_e_novo_no_Facebook)>. Acesso em: 02 abr. 2019.
- ARENDT, Hannah. *O que é política?*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2002.
- AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para o cânone democrático. In: Santos, Boaventura de Sousa. *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- BAUMAN, Zygmund. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAVA, Silvio Caccia. A cidade como mercadoria. *Le Monde Diplomatique*. São Paulo: Associação Palavra Livre/instituto Pollis, a. 7, n. 73, 2013.

BRANCO, Sérgio. *Fake News* e os caminhos fora da bolha. *Interesse Nacional*. ago./out. 2017, p. 51-61. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4758>>. Acesso em: 14 out. 2018

BRAGA, Renê Moraes da Costa. A indústria das fake news e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio*. v. I. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 203-220. Disponível em: <<https://goo.gl/XmUwkds>>. Acesso em: 15 out. 2018

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*. Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2011

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. ebooksBrasil.com., 2003. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/socespetaculo.html>>. Acesso em: 02 out. 2018.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. Conselhos Getores de políticas públicas: aspectos teóricos sobre o potencial de controle social democrático e eficiente. *Cadernos EBAPE.BR*. Fundação Getúlio Vargas. v. 13, n. 14, Rio de Janeiro, out./dez. 2015. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/cebape/v13n4/1679-3951-cebape-13-04-00894.pdf](http://www.scielo.br/pdf/cebape/v13n4/1679-3951-cebape-13-04-00894.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003.

HUFFPOST. 2018. Umberto Eco: “*Internet? Ha dato diritto di parola agli imbecilli: prima parlavano solo al bar e subito venivano messi a tacere*”. Disponível em: <[https://www.huffingtonpost.it/2015/06/11/umberto-eco-internet-parola-agli-imbecilli\\_n\\_7559082.html](https://www.huffingtonpost.it/2015/06/11/umberto-eco-internet-parola-agli-imbecilli_n_7559082.html)>. Acesso em: 16 out. 2018

LASCH, Christopher. *A cultura do narcisismo. A vida americana numa era de esperança em declínio*. Tradução de Ernani Pavanelli. Rio de Janeiro: Imago. 1983.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Fraternidade e Democracia: Considerações sobre os mecanismos de participação popular e fraterna na Carta Constitucional do Brasil de 1988. In:VERONESE, Josiane;

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar; MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira (orgs.) *O Direito no século XXI. O que a fraternidade tem a dizer*. Estudos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis: Insular, 2016.

MANIN, Bernard; PRZWORSKI, Adam; SOTKEN, Susan C. Eleições e Representações. *Lua Nova online*, n. 67. p-105-138. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452006000200005&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452006000200005&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 10 out. 2017.

MIGUEL, Luis Felipe. A Democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo. *Dados- Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 3, 2002. p. 483-511. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S001152582002000300006&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S001152582002000300006&script=sci_abstract&tlng=es)>. Acesso em: 13 out. 2018.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *Política & Sociedade*, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2015/1763>>. Acesso em: 10 set. 2018.

MONTEIRO, Lorena Madruga; MOURA, Joana Tereza Vaz de; LACERDA, Alan Daniel Freire. Teorias da democracia e a práxis política e social brasileira: limites e possibilidades. *Sociologias*, v. 17, n. 38, p.156;191, abr. 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S151745222015000100156&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S151745222015000100156&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 05 set. 2018.

PERUZZO, Círcia M. Krohling. Movimentos sociais, redes virtuais e mídia alternativa no junhom em que o “gigante acordou”. *MATRIZES*, n. 2, jul./dez. São Paulo. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/matrizes/article/download/69407/71976/>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

ROBERTO JUNIOR, Paulo. Cerca de 70% dos brasileiros ativos no Facebook se informa pela rede social. *Observatório de Imprensa*. Disponível em: <<http://observatoriodaimprensa.com.br/e-noticias/cerca-de-70-dos-brasileiros-se-informam-pelo-facebook/>>. Acesso em: 05 set. 2018

RUE, Frank. *Reporto f Special Rapporteur on the promotion and protection of right to freedom of opnion and expression*. Genebra: 2011. Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf)>. Acesso em: 16 out. 2018.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

VIANA, Natalia. (2013) “O WikiLeaks e as batalhas digitais de Julian Assange”. In: *Cypherpunks*. São Paulo: Boitempo. Editorial. Disponível em: <<https://www.boitempoeditorial.com.br/produto/cypherpunks-418>>. Acesso em: 05 out. 2018.

RECEBIDO EM: 03/10/2018

APROVADO EM: 30/11/2018

**LIMITES DA MUTAÇÃO  
CONSTITUCIONAL PELA VIA DA  
INTERPRETAÇÃO: UMA PROPOSTA DE  
CATALOGAÇÃO E DEFINIÇÃO.**

***LIMITS OF THE CONSTITUTIONAL MUTATION BY  
MEANS OF INTERPRETATION: A PROPOSAL OF  
CATALOGING AND DEFINITION.***

*Álvaro Osório Simeão*  
*Doutorando e Mestre em Direito pelo Uniceub/DF. Professor de Direito*  
*Constitucional e Eleitoral - Faculdade Processus/Brasília/DF*  
*Advogado da União - AGU/DF.*

*Inocência Mártires Coelho*  
*Doutor em Direito pela Universidade de Brasília*  
*Professor do Doutorado em Direito do Uniceub/DF.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Democracia e preservação da Constituição; 2 Hermenêutica e mutação constitucional; 3 Limites da mutação constitucional pela via da interpretação; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** No presente artigo, faz-se exposição acerca da existência ou não de limites para a tarefa de interpretar a Constituição. Ao final, partindo-se da premissa de que na democracia toda semiose é limitada, propõe-se uma catalogação e definição de limites para a mudança da Constituição pela via da interpretação, dividindo tais limites em principiológicos ou teleológicos e normativos ou semióticos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Constitucional. Hermenêutica. Mutação Constitucional. Limites.

**ABSTRACT:** In the present article, an exposition is made about the existence or not of limits for the task of interpreting the Constitution. In the end, starting from the premise that in democracy all semiosis is limited, it is proposed a cataloging and definition of limits for the change of the Constitution through the interpretation route, dividing such limits into principles or teleological and normative or semiotic.

**KEYWORDS:** Democracy. Constitutional. Hermeneutics. Constitutional Mutation. Limits.

## INTRODUÇÃO

A Constituição possui elasticidade, para além das suas alterações textuais, em face da realidade cambiante, fator imprescindível para manutenção da sua força normativa. No poder de interpretar o texto constitucional reside um papel modelador dos sentidos de Constituição do qual depende a efetividade e longevidade da própria Carta Política. Trata-se dos processos informais de modificação da Constituição, expressão do poder constituinte difuso. Tal fenômeno é também denominado mutação constitucional (LABAND, 1895).

É de primordial importância para o regime democrático, portanto, a análise sobre os limites incidentes sobre essa função pública de transformar a Constituição a partir da sua interpretação. Admitir que essas mudanças possam ocorrer de forma ilimitada, em nome do triunfo da facticidade, representaria o aniquilamento do caráter imperativo e estabilizador da Constituição.

Na busca de uma identificação e catalogação desses limites é preciso um resgate doutrinário a respeito dos fins e funções do Estado, de modo a fixarmos uma separação entre o que é revelação de sentido para fins de atualização da Constituição e manutenção da sua força normativa e o que transbordaria para a criação de uma nova materialidade constitucional, papel privativo do Poder Constituinte Originário.

A definição de limites para a mutação constitucional vincula-se aos limites que possam ser elencados para a interpretação da Carta Política. Esses limites representam controles a serem reconhecidos para os guardiães da Constituição. No teatro político do Brasil o Supremo Tribunal Federal é protagonista na tarefa de realizar a interpretação abstrata da Constituição, de modo que limites à interpretação constitucional são, sobretudo, limites ao Supremo Tribunal Federal.

## 1 DEMOCRACIA E PRESERVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

O Estado se justifica por seus fins, seja no sentido da consecução de objetivos de difícil concretização para a individualidade, seja no sentido da contenção dos ímpetus e atos pouco nobres do ser humano, favorecendo a harmonia social.

Aqueles que exercitam atribuições públicas ou de interesse público integram, assim, órgãos que desempenham funções concernentes a fins e que se autolimitam naturalmente pela própria divisão do poder.

Entre as funções estatais destaca-se aquela inerente à preservação da democracia, que é a função de guarda da Constituição. Mas no que consiste guardar, preservar ou proteger a Constituição?

Cabe asseverar, inicialmente, que essa função decorre do fato de que a práxis política não pode destoar, em conteúdo ou forma, do seu fundamento de validade. A criatura não deve se opor ao criador, sendo necessário estabelecer-se órgãos que, ao exercitarem o controle da constitucionalidade dos atos jurídicos, ou ao concretizarem normas programáticas e direitos fundamentais, preservem a força normativa e sociológica da Constituição.

Dada a sua importância, a atribuição de proteger a Constituição é difusa entre as estruturas e órgãos do Estado. A função de guarda da Constituição é desempenhada pelo Executivo, por exemplo, quando a Presidência da República lança mão do veto jurídico, que é a faculdade de impedir, antecipada e motivadamente, a produção de efeitos por um ato normativo ainda não publicado e vigente.

Seguindo o modelo norte-americano (HAMILTON, MADISON, JAY, 1984, p. 78), o Brasil adota a possibilidade de que a função de custódia da Constituição, nos casos concretos entre as partes, seja desempenhada por qualquer juiz investido de jurisdição, desde as primeiras instâncias chegando até aos Tribunais Superiores. Pode-se afirmar, assim, que todos os juízes do Brasil são intérpretes objetivos da Constituição em casos judiciais concretos, ainda que as decisões divergentes, tomadas entre eles, provoque uma clara afronta ao postulado da isonomia material, eis que jurisdicionados em situação idêntica poderão obter provimentos antagônicos em face de interpretações antagônicas do texto constitucional por diferentes juízes.

Essa afronta à igualdade só é ceifada por uma interpretação uniformizadora e abstrata. Por isso, a última palavra sobre essa compatibilidade vertical necessária é função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme previsão contida na cabeça do artigo 102 da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>. Esse órgão acumula, ainda, funções jurisdicionais e outras funções políticas e normativas, sendo formado por membros vitalícios nomeados pelo Poder Executivo, com sabatina senatorial.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal é o único órgão do país que faz uma quádrupla proteção da Constituição.

---

1 Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição...

Ele a preserva, inicialmente, em casos concretos jurisdicionais, onde a questão constitucional não é o objeto da demanda, sendo prejudicial ao mérito. Suas decisões, nesses casos, valem para as partes, ressalvada a transcendência prática das razões de decidir, o que muito raramente ocorreu na história daquele Sodalício.

O Supremo Tribunal Federal faz também a guarda da Constituição de forma abstrata, ou seja, com valor para todos (*erga omnes*), por via de ações próprias a esse fim, estranhas à função jurisdicional, em que o objeto posto em análise é a própria compatibilidade vertical do ordenamento jurídico.

O Supremo também zela pela Constituição quando cria normas regulamentadoras de programas e direitos constitucionais na eventual omissão das outras estruturas de poder, pondo obstáculo à crise de inefetividade da Carta Magna.

Por último, a completar a sua função de guardião da Constituição Brasileira, tem-se que o Supremo faz da Constituição um fenômeno dinâmico, em face da dinâmica dos fatos e valores sociais, por meio da mutação constitucional abstrata e genérica que atualiza os sentidos principiológicos e normativos do texto constitucional, atividade que pode ser desempenhada com ou sem limites.

Esses novos sentidos de Constituição, independentes de qualquer reforma gráfica do texto, surgem pelo fato de que a interpretação é um pressuposto para a definição do parâmetro de controle das leis e atos normativos. Só se pode preservar a Constituição se resta clarificado, a partir da interpretação, qual a amplitude da Constituição.

A realização da Constituição como experiência estriba-se na hermenêutica calcada na fusão entre o horizonte normativo do texto e o horizonte de aplicação que permeia o pleno do STF. Esses horizontes variam no tempo, o que possibilita a mutação constitucional, ou seja, a mudança da Constituição sem alteração textual, baseada unicamente na modificação do resultado interpretativo conforme a realidade histórica.

Assim, não resta dúvida de que a função de preservação da Constituição cabe, com precipuidade, ao Supremo Tribunal Federal, mas é muito lógico se concluir que quando a Constituição assim estabeleceu o Supremo não estava sendo visto como integrante ou cúpula do Judiciário, mas como um poder que, de forma autônoma e independente, protege o bastião escrito da democracia. Pela sua indispensabilidade, a proteção da

Constituição não deve ficar atrelada às chamadas estruturas clássicas, denominadas de Legislativo, Executivo e Judiciário.

Basta ver que, sob o prisma teleológico, a custódia da Constituição envolve, inicialmente, uma função legislativa negativa de declaração de nulidade ou inexistência de um ato inferior que esteja em confronto com parâmetros fundantes do Estado, a restar claro que fazer o controle da constitucionalidade é um processo em nada coincidente com a aplicação de normas jurídicas para composição de litígios, ou seja, função jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal, quando exerce a sua função maior de proteção da Constituição, não é “Poder Judiciário”, e esse dado deve ser considerado em todo debate que se faça sobre a legitimidade do seu crescente ativismo, inclusive por meio da mutação constitucional. A legitimidade do Supremo, nessa missão política, deriva da própria Constituição, não se podendo cogitar de déficit.

Não se pode olvidar que para decidir se há incompatibilidade entre a manifestação infraconstitucional e a Constituição é preciso um exercício de auto-revelação e revelação ao mundo da amplitude normativa e principiológica do fenômeno constitucional, tarefa atribuída a homens, seres que precisarão estar receptivos à opinião da alteridade, e do texto, de forma dialética, mas sem o mito antropológico da neutralidade, eis que todo ser carrega em si um selo histórico único<sup>2</sup>.

Trata-se do pressuposto hermenêutico inato aos seres e necessário tanto para compreender o mais frugal dos textos, como para a complexa função de guarda da Constituição e de preservação do dinamismo e força normativa dos comandos constitucionais.

Há, dessa forma, um vínculo estrito entre a atividade hermenêutica e a efetividade da Constituição, o que, sob esse prisma, reflete-se no que muitos denominam de “ativismo judicial”, sobretudo nos países que, como o Brasil, adotam um modelo de Constituição dirigente e comprometida com alterações sociais a partir da aplicação da mesma.

Nos Estados com democracia em desenvolvimento, onde vigem um nominalismo constitucional que se identifica pela crescente efetivação das regras e princípios constitucionais, optou-se pelo desenho normativo como

---

2 Aqui se adota uma posição realista, contrária à ideia de que quem faz ciência gera um saber neutro, puro e desinteressado.

imposição da mudança social, e não pelo modelo em que a Constituição espelha um quadro cultural e social já consolidado.

Há, portanto, uma fissura a ser preenchida pelo intérprete da Constituição brasileira, que precisa se redimensionar no processo de sua aplicação. É compreender, interpretar e aplicar a Constituição de modo a aproximá-la da sociedade, o que se faz pela explicação razoável e com linguagem acessível, sobretudo na hora de expor ao mundo as razões que geram esse ou aquele sentido de Constituição.

A força normativa da Constituição depende da parametrização constante entre dois polos: norma e realidade. Não há como ser diferente, pois a norma é cunhada pelo objeto que ela quer regular. A pergunta é: A Constituição controla o intérprete ou o intérprete controla a Constituição? Nessa altura do desenvolvimento da ciência constitucional a resposta só pode ser simbiótica. Em outros termos, a Constituição se permite moldar, mas com limites, sob pena de quebra do paradigma democrático.

Há, dessa forma, limites, mas o nível de objetividade e pragmatismo dos mesmos engatinha e dificulta a própria observação quanto ao seu respeito. Em outras palavras, o que dificulta o controle dos controladores é a própria imprecisão sobre quais sejam esses limites e a indefinição sobre o que os mesmos encerram.

O intérprete possui sua tradição e seus conceitos prévios a afastar o mito da neutralidade, mas não pode permitir interferências ilegítimas que o levem a uma compreensão teleologicamente deturpada do fenômeno constitucional.

Preservar a Constituição pressupõe a sua interpretação fundamentada, proporcional e razoável. Assim, apesar da Constituição ser um monumento normativo aberto, não é toda interpretação que respeitará as possibilidades presentes no texto ou que será consentânea com um mínimo consenso democrático, ou seja, estará em sintonia com as mudanças sociais e o desejo da sociedade.

## **2 HERMENÊUTICA E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Quase todas as Constituições ocidentais são rígidas, e a do Brasil não foge a esse paradigma. O processo legislativo para alterar formalmente a Constituição de 1988 é hermético quanto à iniciativa e não existe, de

forma expressa, sequer abertura para uma propositura popular, como ocorre com as leis<sup>3</sup>.

Essa situação, presa à lógica da suspeita, vez que opção política de um constituinte pós-ditadura, tem gerado um descompasso entre a norma constitucional e os fatos, quando a tridimensionalidade do Direito recomenda, na verdade, uma congruência entre o que está positivado pelo Estado e a realidade (REALE, 2003, p. 108). Esse descompasso alimenta, naturalmente, a crise de inefetividade da Constituição.

A rigidez do texto constitucional, marca da desconfiança perene em relação àqueles que exercem o poder, tem se tornado catalisadora da mutação constitucional no Brasil, ou seja, dos processos informais de mudança da Constituição por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Constituição, por meio principalmente da interpretação (BULOS, 1997, p. 5).

A terminologia e observação do fenômeno remonta à Escola Alemã de Direito Público (final do Século XIX e começo do Século XX), que pioneiramente distinguiu entre *verfassungsänderung* (emenda constitucional) e *verfassungswandel/verfassungswandlung* (conversibilidades, transformações ou mutações constitucionais) (LABAND, 1895, p. 5).

A reforma, além de implicar alteração textual, é voluntária e consciente, ao passo que a mutação deixa intacto o texto constitucional, sendo uma mudança natural que ocorre pela força normativa dos fenômenos sociais, culturais e políticos, não se originando, no mais das vezes, de uma atividade intencional ou consciente, ainda que isso possa ocorrer, sobretudo quando a mutação nasce da hermenêutica pretoriana (JELLINEK, 1991, p. 7)

Na literatura jurídica norte-americana somente muito recentemente se passou a encontrar o termo *living constitution* para designar a Constituição como obra aberta e cambiante em face da natural dinâmica dos fatos (ACKERMAN, 2006, p. 12).

Seja no paradigma do precedente como fator de construção da Constituição dos Estados Unidos da América, seja nas transformações

---

3 Para alguns juristas a proposta de iniciativa popular de emenda constitucional é possível, mas atualmente dependeria de ao menos duas ações: a) uma interpretação sistemática dos artigos 60, 14 e 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988, e b) uma regulamentação por emenda que preservasse a rigidez da Constituição, não sendo viável a utilização analógica dos requisitos estabelecidos no artigo 61, previstos unicamente para a proposta de iniciativa popular de lei.

informais detectadas na Constituição Alemã de 1871 para manutenção do que os historiadores chamaram de segundo *Reich*, essa breve análise comprova a existência, a possibilidade e o que normalmente determinam as mutações constitucionais.

Sem esse caráter cambiante as Constituições correm riscos, pois existe uma aproximação entre normatividade, efetividade e mutação constitucional. Para Konrad Hesse (2009, p. 111), a concretização da Constituição, seja em face das liberdades negativas, seja em face da execução de programas sociais, depende da atualização informal da mesma, que diferentemente da reforma é um meio ágil o suficiente para alinhar a velocidade da norma à velocidade dos fatos. Trata-se de uma concepção de Constituição que aqui será chamada de dinâmica.

O principal mecanismo de mutação constitucional presente no Brasil é aquele dependente da interpretação judicial, uma vez que mesmo nos casos de súmula vinculante, instituto que se aproxima muito das *stare decisis* norte-americanas (SIMEÃO, 2012, p. 187/210), o juiz é a ponte entre o texto constitucional e a Constituição, detendo o poder de modificá-la no plano da aplicação cotidiana.

No processo não só de interpretação, mas de integração do texto constitucional, pode o juiz, enquanto guardião concreto ou abstrato da Constituição, exacerbar da sua atribuição e realizar uma mutação que poderá ser inconstitucional, apesar da retórica de legitimação ou de aceitação utilizada fazer parecer que tudo se processou em consonância com fatos sociais.

Na interpretação pretoriana, ou seja, de pessoas investidas do papel de proteger a Constituição, são fatores antecedentes a qualquer mutação a percepção de que a historicidade do ser incide em face das coisas, de modo que a interpretação será a resultante bifronte entre dois horizontes: de um lado o texto constitucional, do outro o guardião da Constituição. Qualquer falta de sintonia entre esses polos hermenêuticos e a mutação será inconstitucional.

É que a Constituição, apesar de ser uma obra que pressupõe a colaboração de um destinatário que domine a sua linguagem e a sua mensagem enquanto sistema proposto a um fim, isso não significa que ela possa ser interpretada de maneira livre, aberrante, desiderativa e maliciosa, em contrariedade à teleologia existencial do próprio Estado.

Os limites da interpretação são colocados a partir do programa normativo estabelecido pelo constituinte, não sendo facultado ao intérprete

exorbitar desses parâmetros para, por assim dizer, criar uma nova materialidade constitucional, modificando pontos fundamentais da maneira de ser do Estado.

Até mesmo o não-dito, numa Constituição, precisa ter seus efeitos revelados de forma sistemática e teleologicamente fundamentada, mas esse silêncio não pode ser preenchido por uma atividade de integração que desnature as intenções do constituinte originário.

### **3 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO**

Os limites aqui propostos estão restritos à mutação operada por atores-intérpretes positivamente autorizados na Carta, o que representa a faceta mais palpável, politicamente, do que Dau-Lin classificou como “*mutação constitucional por meio da interpretação da Constituição*” (1947, p. 27-29).

Essa via, como já se assinalou, é preponderante no atual sistema político brasileiro e pode ser, diante da própria formulação constitucional de funções estatais, judicial ou extrajudicial.

No Brasil a mutação é principalmente consciente, comissiva e realizada por órgãos públicos, tendo por pressuposto a prévia interpretação do texto constitucional. Esse tem sido o caminho mais usual para a definição de novos sentidos para a Constituição do Brasil.

Alerte-se, antes de tudo, para o fato de que as cláusulas pétreas explícitas são limites ao poder revisional e reformador, mas não ao poder difuso, conforme ficou claro no julgamento liminar, pelo STF, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

A simples aposição das limitações materiais explícitas como conteúdos protegidos em face da mutação constitucional parece uma conclusão que não parte de uma análise mais profunda do fenômeno mutacional. Basta ver que temas como federação, separação de poderes, sufrágio e voto, assim como direitos fundamentais individuais, também precisam ser interpretados e atualizados conforme a realidade.

Quando se parte para a análise dos votos proferidos na ADC 44, verifica-se que para o Supremo Tribunal Federal as cláusulas pétreas explícitas são limitações unicamente para a reforma constitucional, mas não são óbice ou limite para a mutação da Constituição pela via da interpretação.

Essa conclusão decorre do fato de que o guardião operou, nesse caso concreto, uma diminuição abstrata de um direito e garantia individual ao arrepio da gramaticalidade contida no artigo 60, §4º, inciso IV, da Lei Fundamental de 1988.

Nesses casos, de mitigação das limitações materiais explicitamente colocadas no texto, bastaria que a mutação possuísse fundamentação objetiva a partir de informações estruturantes e estruturais vindas da sociedade, o que os pensadores da análise econômica do direito chamam de indicadores estatísticos (POSNER, 1998, p. 100).

Uma vez que se está modificando aquilo que, pela via da reforma, seria o núcleo intangível da Constituição, faz-se necessária uma justificação bem mais pragmática, objetiva e matemática. Nas palavras de HESSE, “... *esta concepção de mutação constitucional permite e exige fundamentações mais atentas e diferenciadas, acompanhadas de critérios comprováveis*” (2009, p. 168)

Mutações constitucionais contra limites materiais explícitos são possíveis desde que na sua fundamentação haja uma aproximação metodológica entre ciências do espírito e ciências da natureza.

Já no que se refere à identidade material da Constituição, que se relaciona com os limites de conteúdo implícitos ou lógicos, a mutação constitucional que os afronte atentaria contra a preservação dos princípios fundamentais representativos do que a professora Anna Cândida Ferraz chamou de “*Espírito da Constituição*” (1986, p. 213-214). Isso violaria a ideia de consenso democrático e, portanto, a noção de soberania do povo, que somente seria exprimível, nessas situações específicas, por meio do Poder Constituinte Originário (LEDEWITZ, 2017, p. 10) (BARROSO, 2009, p. 168-169).

Consenso democrático pode ser definido como o grau de aceitação social de uma norma, de uma política ou de uma interpretação, o que a torna mais estável, ou seja, menos propensa à mudança. Isso diferencia a mutação constitucional da dialética jurisprudencial que a precede.

Esse primeiro limite pode ser catalogado e definido como um limite decorrente de princípios, ou seja, preso à teleologia constitucional de um Estado. Ele é lógico por impossibilidade criacional. Com efeito, há uma diferença entre dar sentido e criar. A atividade de criar Constituição é privativa do povo, por meio de revolução legítima (democracia direta) ou Assembleia Nacional Constituinte democraticamente eleita e com

liberdade de discussão e deliberação (democracia representativa). Assim, o intérprete da Constituição não pode se afastar de tal forma do “Espírito da Constituição” a ponto de criar uma nova Constituição no plano dos fatos.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal inadmita as limitações materiais explícitas como anteparos à sua atividade de hermeneuta e, conseqüentemente, de protagonista maior da mutação da Constituição, as limitações materiais implícitas com certeza atingem essa atividade, para o bem do regime político e controle do poder. O Supremo Tribunal Federal não está autorizado a ser constituinte originário.

Assim, a mutação constitucional não poderia, por exemplo, diminuir o princípio republicano e da soberania popular, que induz aquisição, transferência e alternância no poder segundo o postulado democrático liberal, ou modificar o sentido de Constituição para torná-la menos rígida, pela flexibilização das próprias cláusulas que a protegem da reforma.

Outros limites são os normativos ou semióticos (HELLER, 1968) (HESSE, 2009) (MÜLLER, 2011). Esses limites se aproximam em muito da noção de fusão de horizontes históricos (GADAMER, 2002) e em muitos pontos coincide com a teoria da semiose limitada (ECO, 2016).

A Constituição é um conteúdo normativo e jurídico destacado da realidade por força da entropia de poder, de modo que ela liga o ser social – normalidade – ao dever ser jurídico – normatividade. A Constituição, assim, não é só normatividade, como queria Kelsen, ou só normalidade, como queria Carl Schmitt, mas uma coordenação correlativa entre esses dois fenômenos, de modo que a Lei Fundamental é suprema porque se projeta para além dessa tensão bipolar (HELLER, 1968, p. 290-306).

Depreende-se, assim, que a mutação constitucional, sendo um fenômeno que tem por fonte a normalidade social, encontra limites no caráter normativo da Constituição, ou seja, na sua projeção de efetividade como documento limitador da política e das condutas humanas.

Reconhecer caráter ilimitado à mutação constitucional representaria a capitulação da normatividade pela força dos fatos, o que significaria uma quebra da Constituição. Há um detalhamento preciso e objetivo desses limites normativos na teoria normativo-estruturante (MÜLLER, 2011, p. 50-86).

Assim, as normas que formam o Direito Constitucional são formadas por realidade (âmbito normativo) e por mandamento (programa normativo),

o que importa dizer que o social (regulado) e o jurídico (regulador) caminham necessariamente juntos e em interação constante, o que nada mais é do que a própria concepção dinâmica de Constituição.

Ocorre, contudo, que nem todos os fatos estão incluídos no âmbito normativo, de modo que não são todos os fatos que podem subsidiar uma mutação, pois “...*nem todo fato novo pertence ao setor da realidade regulado pela norma*” (HESSE, 2009, p. 167).

Assim, o âmbito normativo, limitado pelo programa normativo, filtra os fatos que podem ou não podem levar a uma alteração formal ou informal da norma, de modo que “*só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma*” (HESSE, 2009, p. 167).

O aspecto normativo reduz a discricionariedade do hermeneuta na realização da mutação constitucional. A interpretação vai se restringir às possibilidades de apreciação dos fatos, mas todos terão de estar dentro do âmbito normativo.

Assim como ocorre nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, na hipótese de colisão entre realidade e norma suprema deve ser buscado o “equilíbrio de máximo respeito” às funções constitucionais de estabilização, racionalização e limitação do poder, sem descurar da necessidade de eficácia da Constituição dentro da realidade cambiante. Tudo que esteja para além desses objetivos já não será mutação constitucional, mas quebra e anulação da Constituição, legitimação de fatos consumados sobre normas democraticamente estabelecidas.

Esses limites normativos se aproximam, em conteúdo, dos limites impostos pela semiose, ou limites semióticos. Com efeito, há limites de ampliação semântica na Constituição, seja pela necessidade de concordância prática e harmonização sistemática entre seus postulados, seja pelo império da teleologia de princípios. Exemplo: Quando o artigo 33 da Lei nº 1079, de 1950, que integra o bloco de constitucionalidade brasileiro, diz que a resolução condenatória do Senado, no processo de *impeachment*, impõe a definição de algum prazo de inabilitação para o exercício de qualquer função pública, não se pode fazer uma interpretação que negue o texto, nesse ponto fechado e sem lacunas.

Ao permitir a condenação por crime de responsabilidade sem indicar prazo de inabilitação, criou-se uma nova rotina, um novo texto no plano

dos fatos, ainda que o símbolo gráfico da norma tenha permanecido. Para além disso, foi ignorada a finalidade de impedir que um condenado por crime político volte a ocupar função pública eletiva vindo a tornar-se reincidente por crime de responsabilidade. Foram violados, assim, os limites de ampliação semântica do texto, o que se deu muito provavelmente porque a decisão é tomada numa instância composta simultaneamente por dois poderes (Senado presidido pelo Presidente do Supremo), o que inviabiliza pragmaticamente a sua reforma.

A verdade da Constituição não está em um pântano de relatividade subjetiva. É preciso fazer uma interpretação da Constituição a partir do texto, e não contra o texto, fazendo a mediação do mesmo pelos fatos determinantes do presente. Todas as vezes que esse processo se repete é aceitável um resultado hermenêutico, mas todos terão de estar dentro da razoabilidade.

Desvios derivados da subjetividade são naturais, pois nenhuma autoridade adentra virgem ao processo hermenêutico, mas há restrições contidas no próprio texto que podem tornar a interpretação, e a consequente mutação, inconstitucionais.

Todo texto, seja narrativo ou normativo, é incompleto porque pressupõe sempre a colaboração interpretativa de um destinatário. O texto é formado por uma simbologia gráfica isolada da realidade que demanda uma linguagem dominada pelo leitor. Linguagem, aqui, pode ser entendida como o universo individual desse leitor-modelo (ECO, 2008, p. 37-39).

Outro fator que denuncia a incompletude do texto é o fato dele estar entremeado por silêncios, que é aquilo que ele não manifesta na sua superfície literal, mas que demanda atualização modificativa no tempo, no nível de conteúdo e fato. O texto é um mecanismo preguiçoso e econômico que depende da valorização de sentido que o destinatário vier a introduzir, deixando ao leitor a iniciativa interpretativa, mas essa iniciativa tem uma margem de discricionariedade limitada, pois tem de existir uma univocidade mínima entre autor e hermenauta.

A interpretação é o mecanismo formado entre autor, texto e leitor que explica não apenas nossa relação com mensagens elaboradas intencionalmente por outros seres humanos, mas toda forma de interação entre o homem e o mundo que o circunda, de modo que nenhum processo hermenêutico escape dessa circularidade (PEIRCE, 1995, p. 1149).

Assim, os três atores do processo interpretativo se autolimitam. Não é porque o texto está separado do seu autor, e das circunstâncias concretas da sua emissão, que o mesmo pode se desgarrar dos seus significados mais primários, pois a mensagem tem um conteúdo amplo, que pode dizer muitas coisas, mas não qualquer coisa. Há sentidos que, dentro de uma racionalidade lógica, escapariam à amplitude significativa da mensagem.

Dentro do universo da linguagem existe um sentido literal de formas lexicais que não pode ser refutado pelo intérprete. Essa premissa léxica basal se confunde com o primeiro sentido do fenômeno que seria buscado pelo leitor-modelo, pelo cidadão comum, pelo homem médio. Nenhuma interpretação pode evitar essa restrição e *“qualquer ato de liberdade por parte do leitor pode vir depois e não antes da aplicação dessa restrição”* (ECO, 2008, p. 38-40).

Há mensagens que inexistem no programa normativo da Constituição, de modo que podem existir muitas interpretações válidas, mas com certeza também existem exegeses insustentáveis. O texto constitucional possui direitos que não podem ser negados no processo hermenêutico, ainda que esses limites não coincidam, necessariamente, com o universo do constituinte.

Essa interpretação, para além da liberdade entre mundo do autor, obra e mundo do leitor, é contaminada pela lógica da semelhança, segundo a qual semelhante age simpaticamente sobre o semelhante, gerando influências.

No plano ideal, um órgão colegiado, como o Supremo Tribunal Federal, deveria aplicar a Constituição a partir da soma das compreensões solitárias dos universos individuais, mas na prática há influências recíprocas entre os ministros, com consequências para o resultado interpretativo.

Deve-se buscar no texto constitucional o que o constituinte disse e quis dizer para, assim, encontrar a coerência textual e as possibilidades interpretativas que se encerram no sistema de significação em que se respalda a Constituição.

O intérprete não pode partir para um ataque impositivo, subvertendo essas restrições, pois na filosofia da verdade não há protagonistas, apenas colaboração para a manutenção da democracia.

#### 4 CONCLUSÃO

A doutrina brasileira tem se omitido em enfrentar o problema dos limites da mutação constitucional pela via da interpretação judicial. Para além disso, têm sido olvidadas certas diferenciações para estabelecimento de um conceito mais preciso acerca desse fenômeno.

Nem toda oscilação de jurisprudência ou ativismo é uma mutação constitucional e as mudanças informais que ocorrem, ainda que de forma social e politicamente estabilizada, mas em contrariedade a limites existentes, não serão uma mutação constitucional, mas um crime de responsabilidade, ou seja, uma ação contrária à Carta Política.

Os limites estabelecidos pelo Constituinte de 1988 ao poder de alteração formal do texto magno - sejam os procedimentais, materiais ou circunstanciais - não se aplicam ao processo de alteração informal pela via da interpretação abstrata, em que resta incólume a letra escrita e positivada da Constituição.

A noção de rigidez constitucional, nesse sentido, não atinge o que a doutrina chama de Poder Constituinte Difuso ou mutação constitucional, e nem o que aqui se coloca como dialética jurisprudencial precedente, principais atividades desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Como a mutação constitucional pela hermenêutica parte da influência de fatos e valores sobre o processo de extração de sentido das normas de uma Constituição, e tendo em vista que os aspectos ontológicos e axiológicos de uma sociedade são condicionados culturalmente, pode-se afirmar que, para além de um conceito universal existe um conceito de mutação constitucional próprio às características sociais e políticas do Brasil, assim como é possível perscrutar quais os limites e diferenciações que propiciam uma noção sobre o fenômeno em cada sociedade e cultura.

A concepção mais universal sobre mutação constitucional é aquela que foi lançada ao mundo a partir das observações feitas sobre o processo jurídico-político relacionado com a primeira reunificação alemã, na segunda metade do século dezenove, mas a simples transposição dessa teoria que pode ser denominada de clássica, ao Brasil, não atende às complexidades vistas sobretudo nos últimos vinte anos, em que a politização da justiça e a judicialização da política aumentaram no maior país da América do Sul.

A mutação constitucional, no Brasil, resulta da interpretação. O intérprete último é o Supremo Tribunal Federal, que como integrante do sistema social elege um âmbito normativo, ou seja, recorta fatos, valores, práticas e costumes que se comunicam com o programa normativo do texto constitucional para, a partir daí, declarar o que é a real Constituição. A mutação silenciosa, sem declaração formal, não atende às necessidades de segurança que derivam de uma formação histórica colonial marcada pela desigualdade e monopólio do poder econômico e político, num sistema judicial romano-germânico.

O Supremo é o intérprete último, mas não é o único. Todos os poderes estatais que representam o povo devem ser partícipes. A hermenêutica constitucional é feita à luz de um diálogo multilateral entre correntes políticas, no seio da sociedade e dos poderes eleitos, e jurisprudenciais, no seio do Judiciário. A interpretação visa a verdade por um método, e esse método é sobretudo o dialético, pela conciliação e contradição constante.

Mas nem toda interpretação dialética da Constituição é mutação constitucional. A mutação implica definitividade de nova posição exegética, e não transição, na premissa existencial de ciclos hermenêuticos, ou seja, degraus de evolução social e respectiva atualização da Constituição. Não se trata de uma rampa ascendente contínua.

Esses ciclos hermenêuticos vinculam-se à renovação geracional dos intérpretes da Constituição, ou seja, prendem-se a uma dialética intergeracional da sociedade e dos seus representantes. A renovação do coletivo e do guardião numa perspectiva histórico-social e fático-axiológica.

Some-se a isso o fato de que a Constituição em seu momento de concreção como projeto político e estruturante difere da semântica constitucional, e a ponte que mais comumente faz essa simbiose entre sistemas é a interpretação judicial, mas a discricionariedade que permeia essa função estatal não é, de modo algum, absoluta.

Mutação constitucional é a mudança não literal da Constituição, pela via da interpretação formal propiciada pelos poderes constituídos, obedecido o âmbito normativo delimitado pela linguagem constituinte, com estabilidade histórico-social e fático-axiológica. Esse conceito, mais restrito do que aqueles que a revisão da literatura nacional nos mostra, atende à observação do sistema de proteção e interpretação da Constituição no Brasil e ao momento de contraste que tipifica uma sociedade em rápida e contrastante evolução de valores.

Faltava, contudo, uma catalogação e definição minimamente objetivas em relação aos limites para a interpretação criativa dos atores que possuem a missão de decidir, jurídica e politicamente, o que é constitucional no Brasil. Catalogar e definir esses limites significa tornar mais claro sobretudo até que ponto o Supremo Tribunal Federal pode ir na sua missão de adequar e atualizar os sentidos de Constituição.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The living contitution*. Harvard: Harvard Law Review, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. *O regime jurídico dos Tribunais de Contas*. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BONAVIDES, Paulo. A primeira emenda à Constituição por iniciativa popular. *Revista de Informação Legislativa*, ano 45, n. 179, p. 53-55. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Emenda à Constituição por Iniciativa Popular. *Interesse Público*, ano 9, n. 43, p. 15-18. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

BULOS, Uadi Lammego. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. Da reforma à mutação constitucional, Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, v.33, n.129, jan./mar. 1996.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Constituição: conceito, objeto e elementos*. Brasília: Revista de Informação Legislativa: v. 29, n. 116 (out./dez. 1992). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176004>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

DAU-LIN, Hsü. *Die verfassungswandlung*. Munique e Leipzig: Walter De Gruyter Incorporated, 1932.

DILTHEY, Wilhelm. “*Origens da hermenêutica*”. Tradução de Alberto Reis. Lisboa: Rés, 1984.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2016

\_\_\_\_\_. *Lector in fabula*. São Paulo: perspectiva, 1988

EVANS, Richard J. *A chegada do terceiro reich*. São Paulo: planeta, 2014.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Do processo legislativo*. Saraiva: São Paulo, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. São Paulo: Vozes, 2004.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 1993.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUILLEN, Pierre. *El império alemán*. Barcelona: Vicent-Vives, 1973.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2006, 5ª edição.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KAUFMANN, Arthur. *Hermeneutica y Derecho*. Granada: Comares, 2007.

LABAND, Paul. *Wandlungen der deutschen Reichverfassung*. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895. p.2. Disponível em: <[http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb11127249\\_00005.html](http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb11127249_00005.html)>. Acesso em: 17 mar. 2017.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2005.

LEDEWITZ, Bruce. *Justice Harlan's Law and Democracy*. HeinOnline, 20 J.L & Pol.373(2004). Disponível em: <[www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)>. Acesso em: 07 de abr. 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969.

PEIRCE, Charles Sanders. *The collected papers of Charles Sanders Peirce*. Harvard: Harvard University Press, 1998. v. V, p. 484.

\_\_\_\_\_. *Semiótica*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995

POSNER, Richard. *El Análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

\_\_\_\_\_. La decadencia del derecho como disciplina autónoma. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

REALE, Miguel. *A teoria tridimensional do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHLEIERMARCHER, Friedrich. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Vozes, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIMEÃO, Neila Márcia de Moura Chagas. Stare Decisis: limites e influências no modelo brasileiro da súmula vinculante. Brasília: *Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course*, ano IV, n. 16, v. I (março de 2012)

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SECONDAT, Charles Louis de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.



RECEBIDO EM: 21/08/2017

APROVADO EM: 08/10/2018

# AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO E O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA DAS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

*PUBLIC POLICIES AGAINST GENDER-BASED VIOLENCE AND  
THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SAFETY FOR WOMEN IN A  
VULNERABLE SITUATION*

*Amanda Gabriela Gomes de Lima*

*Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas.*

*Pós-Graduação em Direito Constitucional pela Universidade AnhangueraUniderp.*

*Advogada e professora de Teoria da Constituição e de Teoria do Estado Democrático no*

*CESMAC do Agreste.*

*Bruno Jorge Rijo Lamenha Lins*

*Mestrado em Direito Público pela UFAL.*

*Procurador da República em Paulo Afonso/BA.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito social à segurança pública e a problemática da mulher em situação de vulnerabilidade; 1.1 Segurança Pública como direito fundamental na CF/88; 1.2 Segurança Pública e Violência de Gênero; 2 Discutindo as principais políticas de enfrentamento à violência de gênero no Brasil hoje: de um esforço de sistematização às possibilidades de controle judicial; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo discute a nota de fundamentalidade estabelecida pela Constituição de 1988 no que toca ao direito à segurança pública, assegurando-lhe, além da clássica concepção individual, uma dimensão prestacional. Estabelecida esta premissa, a discussão projeta esta nova concepção do direito fundamental à segurança pública a partir de uma sistematização das principais políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero atualmente adotadas pelo Estado brasileiro e dos limites e possibilidades de controle judicial de sua efetivação. O trabalho busca, nesse sentido, verificar se tais políticas têm sido capazes de contribuir para a concretização do direito fundamental à segurança das mulheres em situação de vulnerabilidade. Valeu-se, para tanto, de pesquisa bibliográfica e interdisciplinar sobre as temáticas da segurança pública e da violência de gênero, bem como da análise de documentos oficiais do Poder Público e de uma coleta indireta de dados, notadamente aqueles obtidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Os números revelaram que a implementação dos serviços específicos não se deu de maneira uniforme em todo território nacional, demonstrando uma imensa lacuna quanto à real efetivação das políticas e, conseqüentemente, do princípio da segurança pública nesses casos específicos. Tem-se, então, que buscar novos caminhos para solucionar a problemática, o que envolve todos os esforços da sociedade civil e dos entes federativos, sobretudo no que diz respeito à interiorização e ao monitoramento dos serviços.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas Públicas. Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. Vulnerabilidade de Gênero. Segurança Pública. Direito fundamental.

**ABSTRACT:** This article discusses the fundamental note established by the 1988 Constitution as regards the right to public security, ensuring, besides the classic individual conception, a utility dimension. Having established this premise, the discussion projects this new conception of the fundamental right to public security from a systematization of the main public policies to combat gender violence currently adopted by the Brazilian State and the limits and possibilities of judicial control of its effectiveness. The aim of this study is to verify if these policies have been able to contribute to the realization of the fundamental right to the safety of women in situations of vulnerability. A bibliographical and interdisciplinary research on the topics of public security and gender violence, as well as the analysis of official documents of the Public Power and of an indirect collection of data, especially those obtained by the Institute of Economic Research Applied (IPEA). The figures revealed that the implementation of the specific services did not take place uniformly

throughout the national territory, demonstrating a huge gap in the real effectiveness of the policies and, consequently, of the principle of public security in these specific cases. It is therefore necessary to find new ways to solve the problem, which involves all the efforts of civil society and federal entities, especially with regard to internalization and the monitoring of services.

**KEYWORDS:** Public Policies. Gender Violence Coping. Gender Vulnerability. Public Safety. Fundamental Right.

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo articula a dimensão prestacional do direito à segurança pública estatuída pela Constituição de 1988 com a temática da proteção das mulheres em situação de vulnerabilidade - ou seja, mulheres que sofrem abusos e violações unicamente pelo fato de serem mulheres - através de um esforço para sistematização e discussão sobre as principais políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro para o enfrentamento da violência de gênero.

Embora a temática escolhida reclame uma abordagem fundada em dados objetivos, com o fulcro de avaliar a efetividade das políticas públicas implementadas pelo Estado, este propósito se coloca para além do esforço pretendido na presente monografia. Pretende-se discutir, fundamentalmente, em que medida as políticas públicas de proteção às mulheres em situação de vulnerabilidade são concebidas e estruturadas para efetivamente acolherem as questões de gênero e se as escolhas políticas empreendidas pelos Poderes Legislativo e Executivo vêm priorizando tal problemática, além de abordado, ao final, os limites e possibilidades de controle judicial desse tipo de matéria. Nessa perspectiva, apesar de existirem alguns marcos normativos chave, como a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), o tratamento das políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero, tanto do ponto de vista legislativo quanto doutrinário, ainda é um tanto assistemático, o que torna relevante o esforço teórico aqui pretendido.

De saída, pretendemos esmiuçar o caráter de fundamentalidade inerente ao direito social à segurança pública, então consagrado nos artigos 6º, caput e 144 da Constituição Federal de 1988. Isso porque, ao reconhecer, em sentido amplo, a necessidade do fornecimento de prestações positivas pelo Estado em prol da segurança da coletividade, com igual ou maior razão deve-se buscar a concretização desse mesmo direito no

intento de erradicar ou abrandar uma violência específica, em razão da vulnerabilidade de gênero. Para tanto, vamos promover um brevíssimo esboço histórico sobre as principais políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero implementadas pelo Estado brasileiro, discutindo alguns aspectos referentes a sua concepção e estruturação, além das possibilidades de sua justiciabilidade.

O objetivo principal do estudo, portanto, é inserir a discussão acerca do direito fundamental à segurança pública das mulheres em situação de vulnerabilidade na questão da desigualdade de gênero como um problema político relevante na sociabilidade brasileira. Isto, notadamente, a partir da consideração de que a instância do direito é um campo relevante não apenas para a repressão à violação de direitos das mulheres, mas também para a prevenção de tais problemas e, sobretudo, no fomento de uma cultura de igualdade e não discriminação. Nesse aspecto, embora os números de violência contra as mulheres continuem alarmantes<sup>1</sup>, há uma disponibilidade de mecanismos potencialmente eficazes, ao menos no plano normativo, para contribuir para o enfrentamento de tal problemática. Buscamos compreender, portanto, se as políticas de enfrentamento à violência de gênero, já previstas em lei, têm sido implementadas e contribuem para a concretização do direito fundamental à segurança das mulheres em situação de vulnerabilidade.

Para tanto, o presente artigo se utiliza de pesquisa bibliográfica e interdisciplinar sobre as temáticas da segurança pública e da violência de gênero, trabalhando com algumas bases conceituais sobre a fundamentalidade do princípio da segurança pública, políticas públicas, vulnerabilidade de gênero e violência institucional. Ademais, vale-se de documentos oficiais, sobretudo do governo federal, para compreender as condições históricas que tornaram possível o reconhecimento e a evolução das políticas públicas sobre o tema, e de uma coleta indireta de dados, notadamente aqueles obtidos por estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015) sobre a institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero nas regiões, estados e municípios brasileiros. No decorrer do trabalho, será possível constatar um quadro de avanços, em muitos aspectos, sobretudo no âmbito federal, ao tempo em que se verifica, também, algumas lacunas no que diz respeito à interiorização dos serviços e ao grau de importância atribuído à questão pelos governos estaduais e municipais, o que coincide com a má preparação – e por vezes

---

1 Entre 1980 e 2013, estima-se, a partir de dados do Sistema de Informação de Mortalidade (SIM) do DataSUS, que 106.093 pessoas foram assassinadas no Brasil em razão da sua condição de ser mulher.

o notório preconceito – de parcela agentes públicos que trabalham, direta ou indiretamente, com o atendimento e o enfrentamento da violência de gênero no Brasil.

## **1 DIREITO SOCIAL À SEGURANÇA PÚBLICA E A PROBLEMÁTICA DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE**

### **1.1 SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CF/88**

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, caput, garante a inviolabilidade de uma série de direitos, dentre eles o direito à segurança, que assume, nesse caso, o caráter de autêntico direito fundamental individual de primeira dimensão.

Com essa feição, “o direito à segurança se traduz numa previsão assecuratória de segurança individual ou pessoal, cuja origem remonta do constitucionalismo liberal do final do século XVIII” (LAMENHA, 2011, p. 216). Assim, a fundamentalidade da segurança pessoal encontra raízes nas conquistas históricas das liberdades públicas, de cunho marcadamente individualista e, portanto, imbuídas de um caráter “negativo” ou de “defesa”, em que se exige uma abstenção por parte do Estado. É garantida a segurança individual quando se delimita uma zona de não ingerência do Estado em respeito à autonomia individual de cada cidadão (SARLET, 2007, p. 56).

Com efeito, a garantia de uma vida isenta de intervenções abusivas do Estado, através do direito individual à segurança, permite que os indivíduos exerçam livremente seus direitos e alcancem suas metas ou aspirações de vida de forma segura e digna (RODRIGUES, 2009, p. 42). Também nesse sentido, Silva (2009, p. 72) analisa o direito à segurança individual como conjunto de garantias de proteção e efetivação dos direitos individuais em geral.

No mais, a segurança individual diz respeito não apenas ao “não agir” do Estado na esfera particular do indivíduo, mas permeia, sobretudo, as relações entre os particulares, através da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros. Quer dizer, é certo que o ser humano busca alcançar seu livre desenvolvimento pessoal sem a interferência de qualquer órgão do poder estatal em sua vida privada, no entanto, com igual razão, espera o mesmo respeito por parte de seus iguais. Essa noção, como veremos, interliga e complementa o caráter fundamental da relação entre a segurança como direito individual e a segurança como direito social.

O presente artigo, por ter como objeto um estudo sobre a relação entre a efetividade das políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero e a concreção do direito à segurança pública das mulheres em situação de vulnerabilidade - valendo-se, para tanto, de uma análise dos dados apresentados por estudo do IPEA denominado sobre a institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil (IPEA, 2015) - atribui um maior enfoque à concepção de segurança prevista no artigo 6º, caput, da Constituição Federal, ou seja, ao seu aspecto positivo, como direito fundamental de segunda dimensão.

Segundo Sarlet (2007, p. 57), os direitos sociais são frutos do processo de industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos perpassados em meados do século XIX. Distinguem-se, como dito, por sua dimensão positiva e prestacional, cuja pretensão é assegurar o bem-estar social dos indivíduos. Ou, nas palavras do autor, “caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência à saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (...)” (SARLET, 2007, p. 57).<sup>2</sup>

Assim, a partir da proteção constitucional ao direito social à segurança, que no ordenamento pátrio surge expressamente com a Constituição de 1988, o Estado é chamado a adotar uma postura ativa, no sentido de realizar serviços e prestações positivas em prol da segurança pública, buscando assegurar a ordem pública e a proteção à incolumidade de cada indivíduo, incluindo seu patrimônio pessoal.<sup>3</sup>

A atribuição, pela Constituição, de uma nota de fundamentalidade a esse direito caminha lado a lado com um projeto democrático brasileiro, inclusive no alcance de uma das finalidades do Estado Democrático de Direito: o bem-estar social. Na ocasião, frise-se, o Constituinte não criou um direito completamente dissociado do conteúdo disposto no artigo 5º, caput. Deu-se, na realidade, um desdobramento - a partir da dinâmica dos direitos

---

2 Tais prestações estatais são concretizadas por meio de políticas públicas, cujo conceito abarca tanto a atividade administrativa do Estado, como a normativa, a reguladora e a de fomento. Assim, combinando-se “um conjunto normativo adequado, um a regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público”, é possível elevar os empenhos do poder público e da iniciativa privada no sentido de alcançar as metas e os programas sociais tidos como essenciais pela sociedade e, como consequência, pela Constituição. (BARCELLOS, 2008, p. 09)

3 Além da previsão genérica do artigo 6º, o artigo 144, caput, determina que a segurança pública, como “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

sociais - daquele direito clássico à segurança. Com a constitucionalização dos direitos sociais, tornou-se explícito que: a) para que o indivíduo se sinta seguro e livre (direito individual à segurança no sentido de abstenção do Estado e dos particulares em sua esfera privada), é preciso um aparelho estatal de manutenção da ordem; e b) o direito a um modelo eficiente de segurança coletiva, como direito social, é fundamental.

A nota de fundamentalidade associada à segurança pública, contudo, implica vê-la para além de um prisma puramente repressivo, que responsabiliza apenas o Estado e as instituições policiais pela sua efetivação. Ao revés, quando o artigo 144, caput, determina que a segurança é direito e responsabilidade de todos, inclui explicitamente em seu mandamento o incremento social da participação comunitária e gera, conseqüentemente, a possibilidade e a necessidade de implementação de políticas preventivas de segurança pública.

Não há dúvida de que, para a formulação e execução de políticas de segurança minimamente efetivas, é preciso analisar a problemática sob um ponto de vista macro, considerando repressão e prevenção como medidas que, juntas, unem a força do Estado e o caráter democrático da participação popular, contribuindo, ao menos num cenário ideal, para o resultado pretendido: sensação de segurança e redução da criminalidade. Atualmente, como veremos, nenhuma política voltada ao aspecto securitário da sociedade pode ser formulada em descompasso com os demais aspectos sociais que garantem a plena qualidade de vida dos cidadãos.

Evidentemente, nem mesmo a institucionalidade democrática, da qual a promulgação da Constituição Federal de 1988 é um dos símbolos mais bem acabados, afasta a constatação de que, não raras as vezes, o próprio Estado, por meio do seu aparelho de segurança pública, comete violações aos direitos fundamentais mais caros aos indivíduos, como a vida, a integridade física e a liberdade, utilizando-se, para tanto, de práticas como a tortura, abuso da força e execuções sumárias (LAMENHA, 2011, p. 142). Em outros casos, os agentes do Estado, em sua atuação, acabam por culpabilizar ou vitimizar duplamente às vítimas. É a chamada violência institucional<sup>4</sup>. Alguns fatores, portanto, quando postos em prática, são favoráveis e necessários à projeção de influxos democráticos também no

---

4 Segundo Sanchez (2011, p. 89), “o funcionamento do sistema jurídico-penal (polícia, direito, processo) e do sistema social em seu conjunto, além de não facilitar a intervenção da vítima como sujeito ativo, em geral lhe opõe outros prejuízos adicionais, além daqueles representados pelo fato em si, de ter sofrido o delito. Assim ocorre na chamada ‘vitimização secundária’, que em alguns delitos pode ser quase tão grave quanto a primária: é o caso dos delitos sexuais, por exemplo”.

âmbito do aparelho securitário. Por exemplo, a fiscalização - pela mídia e pela sociedade civil - dos abusos patrocinados pelos órgãos estatais, contribui fortemente para que o Estado adote uma postura de deferência à legalidade e abandone práticas que transgridam e violem os direitos fundamentais dos cidadãos (AHNEN, 2007, p. 143).

Veremos, mais adiante, que a violência institucional é uma dentre as mais variadas formas de violação dos direitos humanos das mulheres, e implica num processo de negligência e dupla vitimização da mulher, quando os próprios agentes do Estado, seja através da rede de atendimento e enfrentamento à violência contra mulher, seja na esfera do sistema criminal, acabam por expressar e reproduzir a violência estrutural das relações sociais patriarcais ainda existentes em nossa sociedade, através de estereótipos e preconceitos baseados na desigualdade de gênero.

O campo da segurança pública, portanto, estabelece uma perspectiva particularmente dual em relação à violência de gênero. Se por um lado, do ponto de vista normativo, o diálogo com a fundamentalidade de um direito à segurança pública pode robustecer o discurso e a prática política dirigidos à implementação de políticas públicas de proteção das mulheres em situação de vulnerabilidade; por outro, o Estado, mesmo no tratamento das vítimas desta modalidade de ilícito, continua reproduzindo, em significativa medida, valores e práticas associados à discriminação de gênero.

## 1.2 SEGURANÇA PÚBLICA E VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Como direito fundamental social, a segurança pública exerce uma função primordial na proteção dos grupos mais vulneráveis. São consideradas vulneráveis as pessoas que, pelas mais diversas razões, podem ter amainadas suas capacidades de defesa ou de enfrentamento diante de graves violações aos seus direitos humanos mais básicos (BELTRÃO, GÓMEZ, 2014, p. 13).

Mas o que leva a essa diminuição de capacidades? Na realidade, a vulnerabilidade<sup>5</sup> de certos indivíduos está relacionada a características ou condições específicas que identificam um sujeito como membro de determinado grupo – visto e tratado pela sociedade com evidente desigualdade

---

5 Os conceitos de grupos vulneráveis e minorias muitas vezes se confundem e são utilizados como sinônimos, embora sejam distintos. A diferença entre eles, para boa parte da doutrina, reside no fato de que as minorias são relacionadas a aspectos linguísticos, étnicos e religiosos, enquanto os grupos vulneráveis dizem respeito a condições e características como idade, orientação sexual, gênero, condição social, deficiência, etc. Vide: MAZARÍO, 1997, p. 198-207.

material. Dentre tantos outros, são exemplos de vulnerabilidades fatores como idade, orientação sexual, gênero, pobreza, deficiência física, doença, minorias étnicas, bem como a condição de migrante, expatriado ou refugiado (BELTRÃO, GÓMEZ, 2014, p.14).

Sendo assim, o conjunto de condições que tornam um ser vulnerável pode ter natureza biológica, social, epidemiológica ou cultural; e a cumulação ou interação entre eles é capaz de ampliar ou reduzir a possibilidade de o indivíduo se expor a fatores de risco, como, por exemplo, contrair determinada doença ou sofrer algum tipo de dano ou violação de direitos. Numa outra perspectiva, existe vulnerabilidade quando ocorre ausência de interesse do próprio indivíduo acerca dos perigos os quais se encontra exposto, falta de acesso a informações ou serviços e, por fim, pouca ou nenhuma confiança em si mesmo para operar mudanças no próprio comportamento (MENECHEL, BARBIANI, 2003, p. 03).

É possível se falar em “vulnerabilidade em razão do gênero” ou “vulnerabilidade de gênero” quando mulheres sofrem violações aos seus direitos humanos em razão das relações de poder ainda existentes entre homens e mulheres na sociedade. A depender do grau de controle social que sofrem – como a imposição de valores e convenções que as inferiorizam – podem ter violados, por exemplo, seus direitos trabalhistas, à vida, à dignidade, à integridade física, à liberdade, à saúde ou à educação.

As injustiças culturais e simbólicas no que diz respeito às relações entre os gêneros, como dito, são comumente apontadas como as causas da vulnerabilidade de gênero. Os padrões de opressão e controle das mulheres levam ao individualismo, à exploração, à discriminação e à criação de estereótipos de gênero, que são transmitindo e reproduzidos através dos tempos e das gerações, tanto na esfera pública - política, religião, mídia, governo, escolas, comunidades – como na esfera privada, dentro das famílias e dos círculos de amizades e convivências (GEBRIM, BORGES, 2014).<sup>6</sup>

A violência contra a mulher<sup>7</sup> surge como a consequência mais grave dessa conjuntura social e - ainda nos dias de hoje - está longe de constituir um fato isolado. Representa, na verdade, um grave problema de

---

6 Esses estereótipos têm origem na histórica divisão do trabalho entre os gêneros, já que, culturalmente, o papel dos homens sempre esteve diretamente relacionado às ocupações econômicas e políticas, tornando-os responsáveis pela subsistência do sexo feminino, enquanto as mulheres eram responsáveis pelas ocupações da vida privada, ou seja, maternidade e domesticidade.

7 Não obstante as distinções terminológicas existentes, esse artigo utiliza as expressões “violência de gênero” e “violência contra a mulher” como sinônimos.

saúde pública e de violação aos direitos humanos e às liberdades essenciais das mulheres, impedindo-as de “tomar decisões de maneira autônoma e livre, de ir e vir, de expressar opiniões e desejos, de viver em paz em suas comunidades” (TELLES, 2002, p 22).

Nesse contexto, a busca pela igualdade material e pela erradicação gradual das vulnerabilidades caminha lado a lado com a noção de proteção dos direitos humanos. Portanto, ao tratarmos de desigualdade tratamos, também, de uma vontade política de combate e de eliminação do caráter discriminatório. Assim, é possível superar as condições de vulnerabilidade através das ferramentas necessárias, desenvolvidas para que os sujeitos que integram tais grupos possam se empoderar cada vez mais - abandonando o aspecto de vitimização inerente à situação de vulnerabilidade – e melhorando sua capacidade de resposta e de recuperação diante dos eventuais danos sofridos (BELTRÃO, GÓMEZ, 2014, p. 15). Quando bem elaboradas, implementadas e executadas, as políticas públicas podem contribuir nesse sentido.

As reflexões sobre a criminalidade violenta no Brasil muitas vezes reproduziram a lógica que separa o espaço público e o privado, ou seja, as agressões e violações ocorridas na esfera conjugal ou familiar poucas vezes eram reconhecidas como um problema de segurança pública, sendo por vezes colocadas em último plano no rol de preocupações do aparelho securitário estatal (PASINATO, 2011, p. 23).

Essa característica, frise-se, é o maior obstáculo na busca pela efetivação da proteção e segurança das mulheres que vivenciam relações desiguais. Afinal, a ideia de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher” é estrutural e está marcada na mentalidade coletiva, manifestando-se num comportamento omissivo das próprias “vítimas”, de pessoas próximas a elas - como vizinhos, familiares e amigos - bem como, conseqüentemente, dos agentes públicos que atuam em instituições as quais deveriam, por obrigação, defendê-las e ampará-las. É preciso, portanto, estimular a criação de pontes entre os dois campos de estudo (segurança pública e violência de gênero), rompendo com a dicotomia entre o público e privado inerentes às percepções mais tradicionais sobre os papéis sociais de gênero.

Primeiramente, é importante definir, conceituar e apontar as especificidades da violência praticada contra as mulheres, diferenciando-a das demais formas de violações à integridade física dos indivíduos (PASINATO, 2011, p. 23). Em seguida, uma vez reconhecida a gravidade do problema, surge a necessidade de torná-lo objeto tanto de políticas públicas

preventivas - com foco na participação comunitária - como repressivas ou criminalizantes, por meio dos sistemas de segurança e de justiça.

Outra abordagem necessária é o aprofundamento e disseminação das estatísticas e estudos sobre homicídios no Brasil, realizados sob uma perspectiva de gênero (PASINATO, 2011, p. 23). A forma mais extrema de violência contra as mulheres é denominada como “feminicídio” e refere-se à violência letal, produto final de uma série de condutas misóginas, como maus-tratos físicos, psicológicos, sexuais e familiares.<sup>8</sup> A denominação jurídica de feminicídio como a morte por razões de gênero (embora a lei 13.104/15, que instituiu a qualificadora penal do feminicídio, tenha utilizado, em sua redação final, a expressão “em razão do sexo feminino”), resultou da luta de uma advocacia feminista pelo reconhecimento da especificidade dessas mortes na legislação penal pátria, atribuindo destaque político-jurídico a uma violência específica. (CAMPOS, 2015, p. 103-115)

Uma série de dificuldades, no entanto, impedem uma compreensão totalizante e lúcida acerca desse fenômeno no Brasil. O principal obstáculo, nesse caso, é o difícil acesso e a duvidosa coleta das estatísticas oficiais, notadamente as formuladas na esfera da segurança pública. Além disso, denota-se certa disparidade entre os dados apresentados pelos serviços de saúde, de segurança e de justiça, em virtude das diferenças entre os sistemas e as unidades de registro oficial (ADORNO, et al., 2003).

É extremamente comum, ademais, que mortes de mulheres em situação de gênero sejam notificadas como “homicídios” e não “feminicídios”, o que demonstra a incapacidade do aparelhamento estatal em lidar com tais desigualdades estruturais. Nesses casos, os agentes públicos quase sempre se encontram despreparados para enfrentar o problema, seja porque são eles os primeiros a reforçar a conjuntura discriminantes existente, através da chamada violência institucional, seja pela incapacidade de coletar provas suficientes dos crimes e abusos cometidos, dificultado que se determine a especificidade da violência de gênero. De um modo ou de outro, essas condutas resultam na subnotificação dos casos de feminicídios no Brasil, tornando substancialmente enfraquecido o impacto das políticas públicas que tratam da questão.

---

8 Para MENDES (2015, P. 26-28), “[...] o feminicídio ou femicídio carrega em si a compreensão de que a morte de mulheres em dadas circunstâncias é um fenômeno que está intrinsecamente relacionado aos papéis socioculturais a elas designados ao longo do tempo, e que pode ocorrer de diversas formas, incluindo assassinatos perpetrados por parceiros íntimos, com ou sem violência sexual, crimes em série, violência sexual seguida de morte, ou mesmo o extermínio”.

## **2 DISCUTINDO AS PRINCIPAIS POLÍTICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO BRASIL HOJE: DE UM ESFORÇO DE SISTEMATIZAÇÃO ATÉ AS POSSIBILIDADES DE CONTROLE JUDICIAL**

No Brasil, a mobilização das mulheres pela visibilidade e pelo combate à violência de gênero se deu a partir da década de 70 - acompanhando as demandas dos movimentos feministas que eclodiram na América do Norte. Na ocasião, pela primeira vez, grupos da sociedade civil buscaram denunciar tais violações, bem como pressionar os governos pelo enfrentamento e prevenção das mais diversas formas de violência contra a mulher (CIFALI, GARCIA, 2015, p.139).

Esse fenômeno coincidiu com a aprovação de inúmeros documentos internacionais sobre o tema, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, ocorrida em 1994). Como resultado, as questões de gênero alcançaram um patamar prioritário no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, sob o principal argumento de que tais direitos são transgredidos de formas específicas (TRAMONTANA, 2013, p. 466).

Em razão das pressões nacionais e internacionais e também a partir da conjuntura de transição democrática a qual o Brasil vivenciava, a década de 80 contou com progressos significativos no que tange à formulação de políticas sociais voltadas ao atendimento de mulheres em condição de vulnerabilidade. O primeiro serviço nesse sentido, criado no ano de 1985, e tido como um grande marco na tentativa de mudança de paradigma e tratamento dado ao tema, foram as chamadas Delegacias da Mulher. No mesmo ano, implementou-se o Conselho Nacional dos direitos da Mulher (CNDM) e, em 1986, “a primeira Casa Abrigo para mulheres em situação de risco de morte” (LEANDRO, 2014).

Com efeito, dos anos 80 ao início dos anos 2000, a política de enfrentamento à violência de gênero teve como núcleo principal a criação das delegacias da mulher e das Casas Abrigos, a primeira com foco na segurança pública e a segunda voltada para a assistência social. Apenas no ano de 2002 foi elaborado o chamado “Programa Nacional de Combate à Violência contra a Mulher”, vinculado à Secretaria de Estado de Direitos da Mulher e ao Ministério da Justiça (TRAMONTANA, 2013, p. 466).

No ano de 2003, o governo federal implementou a Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres (SPM), que propôs a criação de uma “Rede de atendimento às mulheres em situação de violência”, através de serviços especializados, como núcleos específicos da Defensoria Pública e das promotorias de justiça, centros de referência de atendimento às mulheres e serviços de responsabilização e educação do agressor. A partir desse momento, as políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres são ampliadas e fortalecidas, incluindo, além de ações integradas, elaboração de conceitos e ações, diretrizes e normas e estratégias de gestão e monitoramento.

Outro importante marco no enfoque prioritário dado às políticas de gênero foi a realização, por duas vezes, em 2004 e 2007, da chamada Conferência Nacional de Políticas para Mulheres (CNPM), quando foram idealizados dois Planos Nacionais de Políticas para Mulheres (PNPM), os quais preveem a criação de uma política nacional e consolidaram, definitivamente, a ideia de envolvimento e atuação dos mais diversos setores sociais nesse intento (LEANDRO, 2014).<sup>9</sup>

Vale ressaltar, no entanto, que o implemento de uma verdadeira rede de políticas públicas, com serviços devidamente integrados e articulados para o atendimento e enfrentamento da problemática, foi o resultado de um longo processo de pressão e negociações com o Estado (MACHADO, 2010). Atualmente, as principais políticas para mulheres estão previstas na Política e no Pacto Nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres, estruturados a partir do I PNPM e inteiramente voltados à efetivação da Lei Maria da Penha e dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil.

Conhecida por seu conteúdo inovador, a Lei Maria da Penha criou “mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal”, bem como em respeito à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e à Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Uma de suas principais novidades, repise-se, foi determinar a impossibilidade de atuação dos Juizados Especiais Criminais (transferindo-se a competência para os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher) e da

9 O I Plano Nacional de Políticas para Mulheres (PNPM) surgiu no ano de 2004, fruto da 1ª Conferência Nacional de Políticas para Mulheres (1ª CNPM). Em agosto de 2007, a realização da 2ª Conferência Nacional de Políticas para Mulheres (2ª CNPM) deu origem ao II PNPM. Em seguida, a 3ª Conferência teve como resultado o PNPM 2013-2015. Atualmente,

aplicação de penalidades alternativas (Lei n. 9.099/95), uma vez que o principal objetivo dos juizados é o princípio da celeridade e a simplificação do trâmite processual, características incompatíveis com a especificidade dos crimes cometidos contra mulheres.

Apesar da reconhecida importância da mencionada lei, inclusive no sentido de conscientizar as pessoas sobre a existência de uma conjuntura estrutural de dominação - estudos recentes indicam que seus efeitos ainda (considerando sua relativa brevidade, frise-se) não foram capazes de diminuir consideravelmente o número de feminicídios no Brasil ou mesmo proporcionar às mulheres a sensação de segurança e confiabilidade na rede de enfrentamento e no sistema criminal como um todo (IPEA, 2016). Diante desse quadro, relatório do IPEA (2013) destacou a necessidade de reforço e fiscalização das ações políticas previstas no artigo 8º da Lei Maria da Penha, no sentido de alcançar uma efetiva (e não apenas formal) proteção das mulheres em situação de violência, com a consequente diminuição das desigualdades de gênero no Brasil.

Dentre as principais diretrizes, de caráter preventivo e repressivo, idealizadas pelo mencionado dispositivo, estão previstas: a) integração do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria nas áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho, habitação; b) promoção de estudos, pesquisas e estatísticas com a perspectiva de gênero, raça e etnia; c) atendimento policial especializado para mulheres, em especial nas Delegacias de atendimento à Mulher; d) campanhas educativas de prevenção da violência contra a mulher; e) celebração de convênios e outros instrumentos de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não governamentais com objetivo de implementar programas de erradicação da violência; f) capacitação das Polícias Civil, Militar, Guarda Militar e Corpo de Bombeiro quanto às questões de gênero, raça e etnia; g) programas educacionais, com destaque em currículos escolares, que disseminem valores éticos de respeito à dignidade da pessoa humana e direitos humanos das mulheres.

Na prática, algumas dessas diretrizes transformaram-se em ações concretas que demandam recursos e planejamento da União, estados e municípios no intuito de concretizá-las. Um exemplo é a iniciativa federal “Mulher: Viver sem Violência”, coordenada pela Secretaria de Políticas para as Mulheres, no âmbito da Política Nacional e da Rede de Atendimento e enfrentamento à violência contra as mulheres. Esta ação foi transformada em programa de governo por meio do Decreto n. 8.086/2013, cujos eixos principais são estruturados da seguinte forma: a) Implementação

da Casa da Mulher Brasileira; b) Ampliação da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180; c) Organização e humanização do atendimento às vítimas de violência sexual; d) Implantação e Manutenção dos Centros de Atendimento às Mulheres nas regiões de fronteira seca; e) Campanhas continuadas de conscientização; f) Unidades Móveis para atendimento a mulheres em situação de violência no campo e na floresta.

Outra medida concreta de grande importância foi a criação dos chamados Organismos de políticas para mulheres (OPMs), como instrumentos de monitoramento e coordenação de tais ações, além de formular acordos e convênios entre as esferas federal, estadual e municipal. Através dos OPMs, cada um dos níveis de atuação opera com representantes autônomos dos governos subnacionais (Secretarias e Coordenadorias das mulheres) perante o governo central, havendo distribuição do poder político aos entes federativos, de modo que sua “atuação se dá em consonância com as especificidades locais e com os planos e pactos nacionais”. No entanto, até julho de 2013, existiam 583 OPMs, somando-se as esferas estadual e municipal, totalizando 540 municípios brasileiros, ou seja, apenas 10% do território nacional (IPEA, 2015, p. 11).

A Nota Técnica elaborada pelo IPEA (2015) sobre a institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil, com base em dados fornecidos pela Secretaria de Política das Mulheres - analisou a espacialização de cada um dos serviços pertencentes à Rede de Atendimento e Enfretamento, no bojo das políticas, planos, pactos e programas anteriormente citados, o que é fundamental para uma compreensão totalizante do alcance e efetividade dessas ações. Essa análise trabalha com dados oficiais facilmente disponíveis no âmbito institucional e que respondem a um questionamento relativamente simples: as políticas formalmente previstas foram implantadas nos municípios brasileiros?

A pesquisa realizada demonstra que, no geral, as ações previstas pela Lei Maria da Penha em seu artigo 8º ainda são incipientes - sobretudo porque haviam se passado apenas sete anos da promulgação da lei até o ano limite avaliado pela pesquisa, isto é, 2014. Ademais, aponta que boa parte dos serviços ainda se encontram em fase de implementação. Tem-se, dentre outros, os seguintes quantitativos em âmbito nacional (IPEA, 2015, p. 13-25):

- a) Centros Especializados da Mulher – foram implementados 214, em 191 municípios, sendo 74 no Sudeste, 63 no Nordeste, 31 no Sul, 28 no Norte e 18 no Centro-oeste;

- b) Casas Abrigo – 70 municípios brasileiros (1,3%) possuem Casas Abrigo, totalizando 77 locais para acolhimento;
- c) Atenção integral à saúde da mulher em situação de violência – ao todo, 37 municípios (0,7% do total) possuíam, em 2013, serviços de saúde especializado, somando 92 centros;
- d) Delegacias especializadas de atendimento à Mulher – o total desses serviços é de 506, sendo 381 Delegacias da Mulher e 125 núcleos de atendimento em delegacias comuns. Sua maior concentração está na região sudeste (217), seguida pela região sul (95), Nordeste (80), Centro-oeste (67) e Norte (47);
- e) Juizados Especializados – até o ano de 2013, havia, no Brasil, 117 unidades judiciárias especializadas, o que corresponde a 1,04% do total dos municípios brasileiros;
- f) Promotorias e Defensorias especializadas – até 2013 estavam presentes em menos de 1% dos municípios brasileiros.

A partir da exposição das principais políticas para mulheres no Brasil, e analisando os dados organizados pelo IPEA, é possível chegar a algumas constatações. Primeiramente, deve-se reconhecer os esforços, principalmente em âmbito federal, no sentido de efetivar a Lei Maria da Penha e implementar políticas e serviços adequados à erradicação da violência contra a mulher. Sem dúvida, ainda que perpassando um caminho lento e gradual, ao longo das últimas décadas o Estado brasileiro tem buscado respeitar os tratados e convenções internacionais os quais é signatário, que primam pelo respeito e valorização dos direitos humanos das mulheres.

No entanto, ao tempo em que as informações acima demonstram o devido impulso estatal no que diz respeito ao reconhecimento do problema – legislando, regulamentando e iniciando a implementação das políticas - os números revelam uma imensa lacuna no que diz respeito à real efetivação de todas as medidas previstas e formuladas pelo poder público, sobretudo porque ainda são poucos os serviços implementados. E, como visto, a concretização do direito fundamental à segurança pública das mulheres em situação de vulnerabilidade depende de um conjunto de ações e serviços nos âmbitos preventivo e repressivo. Desse modo, a prevenção da violência contra as mulheres e mesmo a efetiva repressão, requer a efetiva implementação, em todas as regiões e municípios, dos

serviços pertencentes à Rede de atendimento às mulheres em situação de violência, isto é: OPM's (Organismos de Políticas para Mulheres), CRAS (Centro de Referência de Assistência Social), CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social), DEAM's (Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher), Delegacias Comuns, Centros Especializados, Abrigos, Varas, Juizados, Promotorias, Defensoria, Casas Migrante, CEAM's (Centro Especializado de Atendimento à Mulher), Postos em Aeroportos e Polícia Federal para atendimento à mulher em condições de agressão.

Dentre os principais obstáculos a serem superados, é possível destacar: a) ausência ou ineficácia no monitoramento de ações desenvolvidas nos estados e municípios brasileiros, prejudicando a comunicação contínua entre os entes federativos (IPEA, 2015); b) dificuldade na implementação de sistemas de informação “capazes de gerar dados que contribuam para o gerenciamento dos serviços e a compreensão das dimensões da violência, assim como possibilitem avaliar os esforços institucionais empreendidos” (IPEA, 2015); c) incapacidade estrutural, orçamentária ou de gestão que inviabiliza a ampliação e interiorização dos serviços de atendimento e enfrentamento, como as centrais de atendimento à mulher e os núcleos da defensoria e promotoria de justiça; d) ausência de políticas públicas restaurativas, com foco no comportamento e reabilitação do agressor (PORTO, 2016); e) a já mencionada violência institucional, também conhecida como dupla vitimização ou revitimização da mulher em situação de violência, ou seja, é a culpabilização da mulher pelos próprios agentes públicos, tanto no atendimento como no âmbito do sistema criminal – principalmente na esfera policial.

Na prática, avaliando a institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres, constata-se que algumas localidades, sobretudo regiões metropolitanas, que contam com um maior poder de pressão sociedade civil diante do poder público, maior capital social e Judiciário e delegacias organizados, tendem a se beneficiar mais concretamente da implementação dos serviços e, conseqüentemente, da redução no quadro da violência doméstica e familiar. O grande desafio, portanto, é consolidar esse mesmo ideal em todo o território nacional, incluindo, principalmente, os municípios localizados nos interiores e as comunidades mais marginalizadas. Portanto, é fundamental que os governos estaduais e municipais implementem as políticas nacionais em seus âmbitos de atuação, a partir de uma gestão integradas da rede de atendimento às mulheres em situação de violência (IPEA, 2015, p. 34). Ademais, para as ações já implementadas, faz-se necessário reforçar os mecanismos de

monitoramento e a sistematização de dados “a fim de gerar informações que permitam avaliar a efetividade dos esforços e recursos estatais, bem como fortalecer políticas e ações preventivas que propiciem a redução da violência contra as mulheres no Brasil” (IPEA, 2015, p. 36).<sup>10</sup>

De toda sorte, se o direito à segurança pública de mulheres em situação de vulnerabilidade não é garantido com a mesma uniformidade em todo território nacional, questiona-se: é possível o exercício do controle judicial para preencher algumas das omissões ou ineficiências no âmbito das políticas para mulheres? É preciso considerar, em primeiro lugar, que as omissões estatais, nesse caso, violam: a) a garantia de proteção de um grupo vulnerável: mulheres em situação de violência; e b) a garantia de direitos fundamentais social constitucionalmente previstos, como a segurança pública e a vida com dignidade.

O Poder Judiciário, nesse caso, pela inércia ou incompetência dos demais poderes, cumpriria o papel garantidor dos serviços essenciais à proteção dos direitos fundamentais de uma parcela substancial da população. Longe de configurar um ativismo judicial exasperado, caberia controle jurisdicional no sentido de preservar a normatividade da Constituição Federal que, embora não estabeleça de forma pormenorizada as políticas públicas a serem aplicadas no enfrentamento da violência contra a mulher, reconhece a fundamentalidade do direito social à segurança pública (artigos 6º, caput e 144 da CF/88), assim como estabelece, em seu artigo 226, § 8º, que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Nesse sentido, a Constituição não estabelece quaisquer barreiras normativas para que tais serviços sejam fornecidos com eficiência.

Na prática, contudo, é difícil observar a atuação do Poder Judiciário nesses casos. Uma breve pesquisa jurisprudencial é o suficiente para se chegar a essa conclusão, constatando-se a quase inexistência de decisões judiciais no sentido de determinar a execução de alguma política pública

---

<sup>10</sup> Uma das formas de monitoramento atualmente implementadas em alguns estados é o serviço de patrulha ou ronda que a polícia realiza para acompanhar as medidas previstas na Lei Maria da Penha. Em Alagoas, o programa “Patrulha Maria da Penha” surge a partir da assinatura do Termo de Cooperação Técnica para o Enfrentamento e Prevenção à Violência Doméstica e Familiar contra as mulheres em Alagoas. Dentre os principais objetivos da patrulha destaca-se a devida garantia do cumprimento das medidas preventivas de urgência – impedindo, assim, que outros atos de violência ocorram – e a repressão ao descumprimento de ordem judicial, como também o encaminhamento da mulher à Rede de Atendimento, sempre que necessário. Disponível em: <http://www.agenciaalagoas.al.gov.br/noticia/item/22588-patrulha-maria-da-penha-e-sala-lilas-ajudam-no-combate-a-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

voltada ao enfrentamento da violência contra a mulher. Apesar disso, merece nossa atenção um interessante caso cujo processamento se deu no Município de Araguaína – TO. Tratou-se de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado (MPE) contra o estado do Tocantins e o município de Araguaína, requerendo ao Poder Judiciário que determinasse aos referidos entes públicos a obrigação de construir um Centro de Referência de atendimento à mulher e uma Casa Abrigo, ambos os serviços, como vimos, devidamente inseridos nos programas e políticas para mulheres vítimas de violência (TOCANTINS, 2012).

A ação teve por base Inquérito Civil Público (ICP) que analisou mais de duas mil ações penais e medidas protetivas de urgência em trâmite, no ano de 2012, na Vara Especializada no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher de Araguaína. Constatou-se que as denúncias realizadas por mulheres em situação de violência tinham caráter inócuo, considerando que essas continuavam sofrendo ameaças por parte de seus agressores e, ainda assim - em razão da inexistência de um centro de atendimento ou casa abrigo - tinham que retornar para a casa, correndo sérios riscos de sofrer mais violações aos seus direitos à vida, integridade física e dignidade humana (TOCANTINS, 2012).

Na ocasião, a medida liminar fora deferida em parte pelo Juízo de primeiro grau, no sentido de determinar ao Estado do Tocantins a implantação de uma Casa-abrigo na Comarca de Araguaína, abarcando o atendimento de mulheres e seus respectivos filhos, com estrutura física, recursos humanos e condições de segurança necessários a abarcar uma “capacidade de atendimento de no mínimo 15 (quinze) mulheres e 15 (quinze) crianças, para fins de acolhimento provisório de vítimas que correm risco de morte e se encontrem em situação de vulnerabilidade” (TOCANTINS, 2016).

No entanto, posteriormente, a referida liminar foi cassada em toda sua extensão, pelo Juízo de segundo grau, em sede de agravo de instrumento. Vejamos alguns trechos da decisão proferida em 2014 (TOCANTINS, 2012):

Ora, a toda evidencia a decisão emanada do Poder Judiciário implica em ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o Judiciário não pode simplesmente impor ao Executivo determinada ação, atropelando a discricionariedade da administração. Em outras palavras é vedado ao Judiciário determinar a execução de uma obra pública, e admitir o contrário implica em substituição de um Poder pelo outro quanto a verificação da conveniência e oportunidade, e

isto evidentemente vinculados as disponibilidades orçamentárias do Estado.

Dentro deste contexto pode-se ainda chamar a atenção para o fato de que a invasão das atribuições do Estado, provoca diretamente prejuízo a sociedade, já tão carente de serviços públicos de qualidade, pois a relocação de verbas orçamentárias já direcionadas a outros serviços, evidentemente deixará a população privada de necessidades ainda mais urgentes.

[...]

Assim, pode-se afirmar que uma vez inexistente política pública previamente estabelecida, o Judiciário deverá agir com cautela, verificando se as escolhas e prioridades estabelecidas pelo Estado estão atendendo os resultados pretendidos em relação a comunidade e se existem recursos disponíveis para o tratamento individual, ponderando os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, em outras palavras, caberia ao Judiciário apenas determinar que o Poder Executivo cumpra as políticas públicas previamente estabelecidas, não podendo substituir-se no encargo que planejar, estabelecer ou determinar medidas de políticas públicas sociais.

[...]

A decisão acima apresenta uma série de argumentos comumente utilizados para rechaçar a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas. Dentre eles: a) ofensa aos princípios da separação dos poderes, b) necessário respeito à discricionariedade administrativa, c) ofensa ao princípio da reserva do possível.

Em linhas gerais, é reforçada a ideia de que, quando o Judiciário determina a realização de eventual política pública, está causando danos a outras prioridades da Administração e prejudicando diretamente a população, no que se refere aos demais serviços públicos básicos que deixaram de ser ofertados. De forma categórica, o Tribunal assevera que a judicialização dos atos administrativos não é o caminho adequado “para proporcionar melhor e maior crescimento das políticas públicas sociais assistenciais” (TOCANTINS, 2012).

Uma rápida análise dos argumentos apresentados revela, no entanto, o caráter genérico e pouco substancial da fundamentação utilizada pelo

juiz. Por exemplo, embora tenha razão ao afirmar que “uma vez inexistente política previamente estabelecida, o judiciário deverá agir com cautela, verificando se as escolhas e prioridades estabelecidas pelo Estado estão atendendo os resultados pretendidos em relação a comunidade”, em momento algum menciona se a decisão a quo realizou essa verificação e, nesse caso, concluiu equivocadamente pela necessidade de prestação jurisdicional. Também não parece se preocupar com a eventual falta de um estudo mais cuidadoso sobre as escolhas políticas realizadas pelo poder público em Araguaína, no sentido de comprovar ou não a inviabilidade da Ação Civil Pública.

Assim, embora se trate de apenas uma decisão, arriscamo-nos a afirmar que o controle judicial das políticas públicas voltadas à proteção de mulheres em situação de vulnerabilidade, assim como o controle judicial das políticas em geral, constitui um tópico complexo e por vezes negligenciado no dia a dia dos fóruns e Tribunais. Ao que parece, a prática ainda não acompanha os estudos da teoria constitucional, que recomenda, nesses casos, uma análise esmiuçada da realidade social e de todas as nuances envolvendo a situação concreta.

No caso das políticas de gênero, o aspecto de descuido fica ainda mais evidente, pois, como vimos, suas demandas tratam de questões normalmente postas em segundo ou terceiro planos pelo poder público e pela própria sociedade. Quando afirma que a criação da casa abrigo “provoca diretamente prejuízo a sociedade, já tão carente de serviços públicos de qualidade, pois a relocação de verbas orçamentárias já direcionadas a outros serviços, evidentemente deixará a população privada de necessidades ainda mais urgentes”, o juiz parece acreditar que a causa em apreço não é tão urgente a ponto de merecer uma atenção especial e coerente do Poder Público.

### **3 CONCLUSÃO**

Este trabalho procurou articular dois campos de tensão no âmbito do projeto democrático brasileiro: a violência de gênero e a segurança pública. Embora, numa abordagem preliminar, a associação entre esses dois pontos pareça evidente, a concepção adequada de segurança pública como direito fundamental à luz da Constituição Federal de 1988 permite superar a visão simplista de redução da temática securitária à repressão policial, buscando abordá-la também em uma perspectiva preventiva e, notadamente, garantidora de direitos, não apenas dos que são eventualmente submetidos à persecução estatal, mas também das vítimas.

As vítimas da violência de gênero, na realidade, estão inseridas em uma conjuntura político-social mais ampla, fundada em uma sociabilidade que ainda situa, de forma muito marcada, os papéis de homens e mulheres, relegando a estas últimas uma condição de dependência e inferioridade. Eis porque a articulação desta discussão com a segurança pública constituem um diálogo privilegiado para se compreender a nova roupagem constitucional da questão securitária.

No Brasil, assim como na maior parte da América Latina, as políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero são fruto de um processo lento e gradual protagonizado por movimentos de mulheres inconformados com a impunidade dos agressores e com a ausência de qualquer forma de amparo, pelo Estado, às mulheres em situação de vulnerabilidade. Ao longo das décadas, com o surgimento de tratados e convenções internacionais sobre o assunto - dos quais o Brasil se tornou signatário - e, posteriormente, com a chegada da Lei Maria da Penha, as ações governamentais voltadas às mulheres alcançaram um aspecto prioritário na agenda legislativa. A discussão neste trabalho procurou sistematizar as principais políticas públicas voltadas ao enfrentamento da violência de gênero no Brasil da Nova República, uma vez que a atividade legislativa e executiva a esse respeito, embora fundada em alguns textos normativos chave (como a Lei nº 11.340/06), nem sempre se articulou de forma organizada.

Esse esforço de sistematização se constitui em uma ferramenta interessante para a inserção da instância do direito no enfrentamento da problemática da desigualdade de gênero, não apenas como um problema de direito penal, mas como um problema político e social. À luz de tal abordagem, é possível apreender que, ao longo de mais de 30 (trinta) anos, as políticas públicas para mulheres ultrapassaram o espaço da Delegacia da Mulher, primeiro serviço implementado no Brasil, e adquiriram aspectos multidisciplinares, abarcando a atuação dos mais diversos setores da sociedade e do poder público, num esforço conjunto entre medidas protetivas e repressivas pelo combate a toda e qualquer tipo de violência sexual, física, moral, patrimonial ou patrimonial à mulher. Atualmente, como vimos, as principais políticas para mulheres são regulamentadas pela Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres.

Não obstante todos os avanços conquistados pelos movimentos feministas até o presente momento, que resultaram em planos, pactos e programas de políticas públicas que dialogam com uma perspectiva de enfrentamento da desigualdade de gênero como um problema maior que uma questão meramente jurídica, a literatura apresenta muitos desafios

à implementação efetiva das finalidades de tais políticas públicas. Neste aspecto, apontamos, como obstáculos a serem superados, por exemplo, problemas no monitoramento e comunicação entre os entes federativos; dificuldade na implementação dos sistemas de informação; incapacidade estrutural, orçamentária ou de gestão; ausência de políticas voltadas para o homem agressor e a violência institucional.

Seria apressado concluir que a concepção e a estruturação das políticas públicas para as mulheres conduzem à total ineficácia ou à inocuidade. Na realidade, os números demonstram (IPEA, 2015) que avanços existem, já que os serviços previstos no artigo 8º da Lei Maria da Penha – como Centros Especializados da Mulher, Casas Abrigo, serviços de saúde e assistência social, Delegacias especializadas, Juizados especializados, Promotorias e Defensorias – têm sido implementados em vários estados e municípios da federação. No entanto, as iniciativas existentes não garantiram que a institucionalização das políticas ocorresse de maneira homogênea em todo território nacional. Há de se ponderar, portanto, dada a boa concepção normativa de tais políticas, se o principal foco de reflexão e melhorias não deve estar voltado à qualificação da gestão dos recursos materiais e humanos efetivamente alocados para a concretização de tais políticas e, sobretudo, em uma maior disposição do Poder Judiciário em suprir eventuais lacunas na boa execução dos serviços de atendimento e enfrentamento à violência contra as mulheres através de um controle judicial mais ativo, como ocorre em outras matérias relevantes, como a saúde pública.

Sendo assim, podemos afirmar que, embora as políticas públicas para mulheres, ao menos formalmente, tratem a questão de gênero com o devido cuidado que a conjuntura exige, o dilema de sua implementação é comum ao de outros direitos fundamentais: as mulheres em situação de vulnerabilidade ainda se encontram insuficientemente protegidas. A prova disso é que, considerando apenas dados de violência letal, a taxa de feminicídios no Brasil foi, em 2013, a quinta mais alta do mundo: 4,8 mortes por 100 mil habitantes (WAISELFISZ, 2015, p. 11).

Por fim, é forçoso reconhecer a existência de uma imensa lacuna entre a igualdade material dos gêneros e a nossa realidade social – sendo esse fato, talvez, a principal causa de retardamento dos avanços nessa seara. A sociabilidade brasileira ainda carrega uma bagagem de valores que inferiorizam a mulher – por mais que já tenham ocorrido avanços em inúmeros setores da vida em sociedade. No âmbito das políticas públicas, qualquer mudança substancial implica, também, num complexo processo de reelaboração do discurso dentro e fora das instituições sociais, em

consonância com o ideário feminista. A partir de então, as práticas sociais locais, cujo controle social se reveste nas formas tradicionais de dominação, uma vez desconstruídas e reformuladas, atribuirão novos significados às instituições políticas e sociais.

Ademais, é importante que a sociedade civil pressione os governos estaduais e municipais para que todos os esforços institucionais sejam reunidos no sentido de consolidar os ideias trazidos pela Lei Maria da Penha, pactos e política nacionais de enfrentamento à violência de gênero, alcançando principalmente a interiorização dos municípios brasileiros e as comunidades mais marginalizadas, onde os serviços preventivos e repressivos que garantem a concreção do princípio da segurança pública, não apenas no caso de violência de gênero, são pouco implementados e fiscalizados. Um olhar cuidadoso da sociedade e dos governos sobre essa necessidade, bem como sobre a importância dos mecanismos de monitoramento das medidas protetivas e da sistematização dos serviços específicos, será capaz de gerar o fortalecimento do aparato estatal de segurança pública para o enfrentamento da questão e, conseqüentemente, a redução da violência contra as mulheres no Brasil.

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio; ALBUQUERQUE, Otávio. Estudo das ocorrências de homicídio no fluxo do sistema de justiça criminal. *Relatório Final de Pesquisa. Pesquisa Estudo da Impunidade Penal*. Município de São Paulo, 1988. Núcleo de Estudos da Violência-NEV/USP, 2003.
- AHNEN, Ronald E. The polics of police violence in democratic Brazil. In *Latin American Politics & Society*, v. 49, n. 1. Miami: University of Miami, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.
- BELTRÃO, Jane Felipe; GÓMEZ, Itziar (Orgs.). In: *Rede direitos humanos e educação superior: direitos humanos dos grupos vulneráveis*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2014.
- CAMPOS. Violência, crime e Segurança Pública. Femicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista. Sistema Penal e Violência. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre*, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan./jun. 2015.

CIFALI, Ana Claudia; GARCIA, Tamires de Oliveira. Marco normativo e políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher: os desafios na efetivação dos direitos. Sistema Penal e Violência. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito*. Porto Alegre, v. 07 n. 02 jul./dez. 2015.

GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de gênero: Tipificar ou não o femicídio/feminicídio? *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 202 abr./jun. 2014.

IPEA. Brasil retirou 3,5 milhões de pessoas da pobreza em 2012. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=19998](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=19998)>. Acesso em: 12 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Nota técnica. A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil (versão preliminar). 2015. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=24608](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24608)>. Acesso em: 05 set. 2016.

IPEA, Instituto de Pesquisa econômica e Aplicada, Brasília. *Mortalidade de Mulheres por agressões no Brasil: perfil e estimativas corrigidas (2011-2013)*. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=27250](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27250)>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

LAMENHA, Bruno. *Democracia, criminalidade violenta e segurança pública na Nova República: discutindo alguns paradoxos do Brasil contemporâneo*. 2011. Dissertação de (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, 2011.

LEANDRO, Amaranta Ursula Fiess. *Implementação de políticas públicas e desafios ao enfrentamento da violência contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.semacip.ufscar.br/wp-content/uploads/2014/12/Implementa%C3%A7%C3%A3o-de-pol%C3%ADticas-p%C3%ABlicas-e-desafios-ao-enfrentamento-da-viol%C3%Aancia-contra-a-mulher.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

MACHADO, Lia Zanotta. *Feminismo em movimento*. São Paulo: Francis, 2010.

MAZARÍO, José Maria Contreras. Las Naciones Unidas y la Protección de las Minorías Religiosas: de la tolerância a la interculturalidad. *Tirant monografias*. España, Universidad de Sevilla Pablo D'Olavide, 1997.

MENDES, Soraia da Rosa. Femicídio não é motivo fútil, tampouco populismo penal. *Consulex: Revista jurídica*, Brasília, v. 19, n. 439, p. 26-28, maio 2015.

MENEGHEL, Stela Nazareth; BARBIANI, Rosangela (Orgs.). In: Impacto de grupos de mulheres em situação de vulnerabilidade de gênero. *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, jul-ago, 2003.

PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, São Paulo, v. 37, p. 219-246, jul./dez. de 2011.

PORTO, Roseane Teresinha Carvalho. A implementação das práticas restaurativas na prevenção ao feminicídio enquanto política pública para os homens autores de violência de gênero no Brasil. 2016. *Tese (Doutorado em Direitos Sociais e Políticas Públicas)* – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

ROFRIGUES, João Gaspar. *Segurança pública e comunidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TELLES, Maria Amélia de Almeida; MELLO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

TRAMONTANA, Enzamaría. Discriminación y violencia de género: aportes del sistema interamericano de derechos humanos. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. TOCANTINS. Ministério Público Estadual. Ação Civil Pública – Autos n. 5011072-82.2012. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/acpmpto.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado. Agravo de Instrumento nº. 0006273-80.2014.827.0000. Agravante: Estado do Tocantins. Agravado: Ministério Público do Estado. Relator Ronaldo Eurípedes. Acórdão, 2014. Voto vencido: Helvécio de Brito Maia Neto.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. CEBELA – Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos. *Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil*. Brasília: FLACSO, 2015.

RECEBIDO EM: 19/05/2019

APROVADO EM: 04/06/2019

# **A HIPÓTESE DA CRIMINALIZAÇÃO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS EM TERRAS INDÍGENAS**

***THE HYPOTHESIS OF THE CRIMINALIZATION OF  
ALCOHOLIC BEVERAGES IN INDIGENOUS LANDS***

*Edson Damas da Silveira*

*Doutor e Mestre em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre em Antropologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de direito da Faculdade Estácio Atual da Amazônia e Faculdades Cathedral de Boa Vista/RR. Professor colaborador do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Professor Efetivo do Mestrado em Segurança Pública e Direitos Humanos da Universidade do Estado de Roraima (UERR). Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Roraima (MPRR).*

*Serguei Aily Franco de Camargo*

*Pós-doutor em Ecologia pelo NEPAM/UNICAMP, Pós-Doutor em Ecologia pela UNESP/IB - Rio Claro e Pós-Doutor em Agroecologia pela UERR. Doutor em Aqüicultura em Águas Continentais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Mestre em Conservação e Manejo de Recursos, área de concentração Gestão Integrada de Recursos, pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Professor Titular I, em regime de tempo parcial, do Centro Universitário Estácio Atual (antiga Faculdade Estácio Atual - Boa Vista, RR). Professor*

*horista das Faculdades Cathedral de Boa Vista, junto aos cursos de Direito e Psicologia. Assessor Jurídico de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Roraima, atuando na área Cível. .*

*Miguel Wepaxi Wai Wai*

*Ministério Público do Estado de Roraima.*

*Centro Universitário Estácio da Amazônia. Líder Comunitário da Etnia Wai Wai. Estudante de Graduação em Direito do Centro Universitário Estácio da Amazônia e Estagiário do Ministério Público do Estado de Roraima.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Proteção da Cultura Indígena Via Criminalização das Bebidas Alcoólicas; 2 Terra Indígena Canauanim; 3 Estudo de Caso; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo tem o objetivo de interpretar o crime de aquisição, uso e disseminação de bebidas alcoólicas no interior de terras indígenas, conforme o artigo 58 do Estatuto do Índio. Assim, o tipo penal descrito foi interpretado conforme a Constituição Federal de 1988, normas internacionais e caso prático, consistente em festejo realizado na Comunidade Indígena do Canauanim (Roraima), onde se permite a venda e o consumo de bebidas alcoólicas por indígenas e não indígenas. Conclui-se que no caso apresentado a comercialização e o consumo do álcool encontram-se amparados pela cultura local, por regras comunitárias e pelo próprio sistema legal, que confere aos indígenas a manutenção de sua cultura e autodeterminação, apesar dos efeitos deletérios que a bebida provoca nas comunidades indígenas da Amazônia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Comunidade Indígena do Canauanim. Roraima. Bebidas Alcoólicas. Estatuto do Índio. Cultura Indígena.

**ABSTRACT:** The manuscript aims to interpret the crime of acquisition, use and dissemination of alcoholic beverages inside indigenous lands, according to Article 58 of the Federal Law 6.001/1973. Thus, the criminal type described was interpreted according to the Federal Constitution of 1988, international standards and a practical case, consisting of a celebration held in the Indigenous Community of Canauanim (Roraima), where the sale and consumption of alcoholic beverages by indigenous and non-indigenous people are permitted. It was concluded that in the presented case, the commercialization and consumption of alcohol are supported by local culture, by community rules and by the Brazilian legal

system, which gives indigenous people the maintenance of their culture and self-determination, despite the deleterious effects of the alcohol in the Amazonian indigenous communities.

**KEYWORDS:** Indigenous Community of Canauanim. Roraima. Alcoholic Beverages. Federal Law 6.001/1973. Indigenous Culture.

## **INTRODUÇÃO**

Este artigo tem por objetivo interpretar a criminalização da aquisição, uso e disseminação de bebidas alcoólicas no interior de terras indígenas, tendo por parâmetro de aplicação, problemas atuais ocorridos na Comunidade do Canauanim, localizada no Estado de Roraima.

Tais problemas, decorrentes da comercialização de bebidas alcoólicas por indígenas e não-indígenas durante um festejo tradicional, foi levado a conhecimento do Ministério Público do Estado de Roraima por um dos líderes comunitários locais, que preocupado com a possibilidade de eventos violentos, procurou o Órgão Ministerial para relatar os fatos. Ao final, após a devida intervenção, obteve-se autorização em consulta a Comunidade, para publicar e divulgar a problemática por eles vivida.

Por se tratar de trabalho técnico-jurídico, abordagens legais e constitucionais necessariamente haverá de acontecer, mas não se pode negligenciar nesta introdução, que o tema encerra um problema de saúde pública, com graves consequências desestruturantes no seio desses grupos tribais.

As possibilidades de desagregação social, disseminação da violência e atentado à cultura indígena são alguns dos efeitos que se procura prevenir por intermédio da norma incriminadora, a ser apontada no texto, tidos como valores a serem protegidos pelo direito penal.

Ocorre que essa iniciativa tutelar data de período anterior à Constituição de 1988, razão pela qual sua leitura demanda visão mais afinada com outros e novos paradigmas constitucionais, como o da autodeterminação dos povos, respeito à diferença e substituição do propósito da integração pelo paradigma da interação.

Assim, qualquer iniciativa para se enfrentar este grave atentado social, necessariamente, haverá de passar pelo diálogo prévio com os povos originários. Cabe aos não indígenas o cuidado de colher seus pontos de vista,

verificar estratégias próprias de como lidar com o problema e também, respeitar iniciativas de encaminhamento, ainda que em desconformidade com a legislação e cultura predominantes.

Espera-se que as ideias articuladas neste artigo, bem como a experiência vivenciada pelos autores na Amazônia, sirvam como norte racional e prático para enfrentar a complexa hipótese da criminalização de bebidas alcoólicas dentro de terras indígenas.

A metodologia utilizada envolveu o relato de estudo de caso, realizado a partir da intervenção do Ministério Público do Estado de Roraima, que expediu Recomendação, desencorajando a comercialização de bebidas alcoólicas em festivo realizado na Comunidade do Canauanim. Os resultados da intervenção foram obtidos em visita ao local durante assembleia realizada após o evento para se discutir o papel da Comunidade diante do problema do álcool nas terras indígenas.

Adicionalmente, a literatura pertinente foi sistematizada, para possibilitar a contextualização do problema face ao Direito. Para tanto, os autores realizaram busca no conteúdo livre do Portal de Periódicos da CAPES a partir dos seguintes termos (resultados obtidos em maio de 2019): i) “alcoholismo e terra e indígena”, resultando em um total de 37 referências, todas voltadas para antropologia e saúde; ii) “alcoholismo e jurisdição e indígena”, obtendo-se apenas 3 referências (todas utilizadas no artigo) e; iii) “indigenous e land e alcohol e Brazil”, que forneceu 29 referências, todas voltadas para a área da saúde. Registre-se que não se encontrou nenhum texto escrito por indígena e a maior ocorrência de resultados indicou como principais autores, pesquisadores vinculados à Fiocruz; ensejando o entendimento de que o assunto tem sido pouco abordado por pesquisadores do Direito.

Nesse sentido, a abordagem iniciará pelo aspecto da legalidade, até a descrição de um estudo de caso selecionado para ilustrar as dificuldades de subsunção dos fatos aos elementos típicos da norma incriminadora, que se ergue específica e com o propósito de proteger a cultura indígena no Brasil.

## **1 PROTEÇÃO DA CULTURA INDÍGENA VIA CRIMINALIZAÇÃO DAS BEBIDAS ALCOÓLICAS**

A proteção da cultura indígena no Brasil tem matriz constitucional no artigo 231 da CF/88, na medida em que reconhece aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, se constituindo

essa pleura de valores em parte do patrimônio cultural brasileiro, à luz do que disciplina o artigo 216, também da CF/88 (SILVEIRA, 2008).

Apesar do artigo 231 declarar que compete a União fazer respeitar mais esse bem cultural; no artigo 215 da CF/88, se destaca norma cogente no mesmo sentido, impondo ao Estado Brasileiro a obrigação de garantir o pleno exercício desse direito fundamental, assim como proteger (entre outras) as manifestações culturais indígenas.

No plano internacional, o Brasil também assumiu o mesmo compromisso quando aderiu, principalmente, a dois específicos instrumentos normativos, quais sejam, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e as Declarações das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Segundo artigo 12 daquela Convenção, os povos originários do Brasil deverão ter proteção contra violação de seus direitos, sendo-lhes garantidos procedimentos legais que visem assegurar o respeito efetivo a esses mesmos direitos.

Relativamente à segunda Declaração aderida, preceitua o artigo 8º que os povos indígenas têm direito a não sofrer destruição de sua cultura, competindo aos Estados Signatários estabelecer mecanismos eficazes a fim de preservar e reparar todo ato que tenha por objetivo ou consequência privá-los de seus valores culturais.

Com o escopo de garantir legalmente tais direitos e proteger eficazmente a cultura indígena, há no Brasil, desde 1973, um tipo penal específico no Estatuto do Índio (Lei Federal nº 6001), a saber:

Art. 58: Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

I – escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendia-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática.

Pena – detenção de um a três meses.

II – utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos.

Pena – detenção de dois a seis meses.

III – *propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados.*

Pena – detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. As penas estatuídas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio.

Como visto, o direito penal (como a mais severa instância punitiva do ordenamento jurídico brasileiro), foi chamado a oferecer seu manto de proteção ao indígena e sua cultura, sem embargo das penas reconhecidamente baixas, porquanto mais frequente é que tais crimes sejam submetidos, no máximo, às transações penais e medidas de suspensão condicional do processo, ficando demonstrada pela ausência, quase absoluta, de jurisprudência pátria desses delitos (LIMA, 2011).

Apesar do exposto, certo é que o direito repreensivo acabou sendo usado para criminalizar aqueles comportamentos ofensivos, razão pela qual discutir-se-á o inciso III, para enfrentar a questão polêmica e complexa das bebidas alcoólicas disseminadas dentro de terras indígenas. Na sequência, será apresentado o estudo de caso sobre a Comunidade do Canaunim.

Assim, os elementos objetivos do tipo, mais especificamente para o verbo “propiciar”, na sua forma transitiva, que constitui o núcleo essencial do ilícito a ser punido, destacando-se ainda como sua parte mais significativa (JESUS, 2015). Do latim *propitiare*, “propiciar” pode ser empregado tanto no sentido de “favorecer” quanto “proporcionar” que, adaptado à textura normativa daquele inciso III, passa a ser entendido como toda atividade humana tendente a “apoiar” (cuja iniciativa pode partir dos indígenas, mas sempre contando com a participação de terceiros estranhos à comunidade) ou ainda “apresentar” (partindo a iniciativa exclusivamente de terceiros não indígenas) bebidas alcoólicas para indígenas ou grupos tribais (FERREIRA, 2010). Essa conduta descrita deve ter o efeito prático (resultado) de estimular a “aquisição”, “uso” e “disseminação” de bebidas alcoólicas entre aqueles povos originários “por qualquer meio”, podendo ser a título oneroso ou gratuito.

Essa compreensão mais aclarada dos verbos se acha autorizada pela ideia presente no artigo 58, porquanto, se a bebida alcoólica é um elemento exógeno ao grupo tribal e não tida como fator cultural, incide no tipo daquela norma penal apenas os sujeitos alheios à comunidade tradicional, uma vez que se procura por intermédio desse comando normativo evitar a degradação social de determinado e específico povo originário (LIMA, 2011).

E se acaso o indígena, por conta própria e sem qualquer estímulo de terceiros, resolve consumir bebidas alcoólicas por sua conta e risco, não

incide ele no crime tipificado pelo artigo 58, inciso III, uma vez que o núcleo essencial da norma se pauta em “propiciar”, e não no verbo “ingerir”. Fica desse modo garantida a liberdade dos indivíduos indígenas para traçarem os seus próprios desígnios e assim fazerem uso do álcool, afastada também qualquer hipótese de “tutela” por parte dos agentes oficiais quando, não muito tempo atrás (isso antes da CF/88), substituíam a vontade deles e diziam o que seria bom ou não para o indígena.

Ademais, não se pode ainda olvidar que os tipos penais previstos no Capítulo II do Estatuto do Índio têm como objetivo prevenir e, se necessário, reprimir as condutas que desrespeitem a cultura indígena, ou que coloque em risco sua própria existência, nada havendo com a possibilidade de livremente usarem a bebida que escolherem (LIMA, 2011). Se não fosse assim, líquidos tradicionalmente por eles usados e de alto teor alcoólico teriam que ser também criminalizados, como é o caso do **caxiri**<sup>1</sup>, abundantemente produzido e consumido dentro da Terra Indígena Canaúanim, que será mais adiante reportada.

Importante neste ponto abrir um parêntesis. A literatura jurídica (PEREIRA E OTT, 2012; OLIVEIRA, 2016; SOUZA; DESLANDES E GARNELO, 2010), destaca aspectos comuns sobre possíveis causas do aumento do consumo de bebidas alcoólicas tradicionais ou não por indígenas. Explicam referidos autores que historicamente, os indígenas consumiam bebidas alcoólicas em festejos, como elemento de socialização, em ritos de passagem para a idade adulta (masculina) e como forma de demonstrar empatia em visitas de indivíduos de fora das comunidades. O fato é que com o convívio com a cultura não-indígena, a religião e as escolas, muito do contexto cultural perdeu-se ou foi alterado de forma significativa. O consumo do álcool deixou de ter uma base cultural e tornou-se um elemento perturbador nas comunidades que não possuem mecanismos sociais (culturais) para lidar com os novos hábitos adquiridos. Neste caso, os próprios autores alertam que a autodeterminação garante uma certa liberdade de escolha, mas a jurisdição indígena ainda não tem sido suficientemente discutida para se determinar o eventual desenvolvimento de mecanismos comunitários de controle.

Retornando ao Estatuto do Índio, outro elemento do tipo que merece atenção e destaque, diz respeito ao fato da norma indicar como sujeito passivo do crime, após o disjuntor “ou”, também “índios não integrados”.

1 *Caxiri* é uma bebida costumeiramente produzida entre os indígenas roraimenses, mas tradicionalmente entre os povos que habitam a Região da Raposa Serra do Sol, feita a partir da fermentação da mandioca e que se reveste de alto teor alcoólico (BARRETO, 2003).

Essa questão se resolve de dois modos, a saber: i) simplesmente entendendo como inconstitucional essa última parte (“ou entre índios não integrados”), mantendo-se íntegro o restante do inciso na medida em que encerra uma mensagem normativa completa, inteligível e devidamente afinada com a atual Constituição, ou; ii) compreendendo esses “índios não integrados” como indígenas “aldeados”, conforme classificação da própria FUNAI para fins interno e de prestação do serviço público.

Melhor explicando, conforme o artigo 231 da CF/88, reforçado pela autodeterminação que decorre semanticamente do artigo 232<sup>2</sup>, não há mais que se falar em “integração” de indígenas ao seio da sociedade envolvente, inaugurando-se com a CF/88 um outro estágio de relacionamento, qual seja, o “paradigma da interação”, ficando a cargo do próprio indígena decidir os modos, forma e grau de aproximação com a cultura ocidental (BARRETO, 2003).

Notadamente à segunda hipótese, efetivamente “índios não integrados” ou “isolados” constituem categorias que devem ser usadas somente pela FUNAI e para fins administrativos, conforme metodologia adotada desde 1973 pelo Estatuto do Índio e não podendo mais se falar tecnicamente em indígena dessa ou daquela condição de integração, mas simplesmente indígena ou não indígena, segundo precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>3</sup>.

Dito isso, interessa registrar que, sem prejuízo da penalização estatal até agora analisada, os povos indígenas de Roraima também se preocuparam com a disseminação das bebidas alcoólicas dentro das suas terras, tendo como marco da união para a luta contra essa introdução exógena a data de 26 de abril de 1977; mais especificamente na Comunidade Maturuca, na Raposa Serra do Sol. Conhecido também como o dia do “não à cachaça e sim à comunidade”, foi a partir desse marco que se proibiu, após deliberação no âmbito de uma grande assembleia regional, a entrada, permanência e consumo de bebidas alcoólicas no interior daquela Terra Indígena, punindo-se seus infratores com severas penas e reconhecendo-se expressamente todo o mal que a conduta pode causar sobre a cultura indígena (CIR, 2004).

---

2 Artigo 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

3 Posicionamento inaugurado dentro do STJ a partir do julgamento pela 5ª Turma do RMS nº 30.675-AM, REL. Min. Gilson Dipp, j. 22.11.2011, DJe de 01.12.2011.

Recentemente, em Assembleia Geral, se extraiu a vontade do Povo Wai Wai, em Roraima. Neste caso, conforme observação pessoal dos autores, deliberou-se por proibir a entrada, permanência e consumo de bebidas alcoólicas dentro da sua terra, impingindo-se igualmente aos infratores punições exemplares, porquanto dessa forma estar-se-ia protegendo a integridade comunitária.

No que interessa ao estudo de caso, na Terra Indígena Canaunanim também a problemática restou enfrentada e regulamentada pelos próprios indígenas, se prevendo na respectiva Carta Regimental Organizacional (Item X das Disposições Transitórias), a mesma proibição para venda e consumo de bebidas alcoólicas, ressalvado o “acordo da comunidade para seus festejos interculturais, Festa Produtiva e Festa do Campinho”, como melhor explicado no item que segue.

Com efeito, depreende-se das considerações tecidas, que proteger a cultura indígena por intermédio da repressão ao álcool dentro das suas terras, tornou-se regra entendida como eficaz não apenas pelo Estado Brasileiro, mas também pelos indígenas, que se colocam como vítimas dessa ação externa, invasiva e destrutiva da via comunitária.

## **2 TERRA INDÍGENA CANAUANIM**

Antes de se adentrar ao estudo de caso, cumpre situar aquele território tradicional no Estado de Roraima, Unidade da Federação com uma das mais ricas sociodiversidades do Brasil, apresentando em 2010, o maior índice de participação indígena na composição populacional. Naquele ano, 6,1% dos entrevistados se declararam, espontaneamente, ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), como amarelos ou indígenas, numa população estimada para a época de 450.000 habitantes<sup>4</sup>.

Por outro lado, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), indicam que em Roraima deve haver algo próximo de 60.000 indígenas, ou seja, 12% da população estimada do mesmo Estado, distribuídos entre 33 terras indígenas legalmente reconhecidas, que ocupam 46,2% de todo o território estadual, se colocando em números lineares como a segunda Unidade Federada com a maior população indígena do Brasil (IBGE, Diretoria de Pesquisas, 2012).

---

<sup>4</sup> A síntese dos indicadores sociais para 2010 do IBGE apontou ainda em Roraima que 19,9% se declararam brancos, 7,5% pretos e 68,8% pardos, sendo que grande parte desse último grupo descende das etnias indígenas do Estado (IANNARELLI, 2012).

A explicação corrente para tal distorção fica na conta do preconceito generalizado e a vergonha de se declarar indígena no Brasil. Mas não resta dúvida que proporcionalmente, Roraima é o estado mais indígena do país, sob qualquer índice ou pesquisa que se eleja, bastando circular em Boa Vista para se perceber a grande ascendência indígena na formação da população daquela localidade<sup>5</sup>.

Assim, não deve essa Unidade da Federação negar sua natureza multiétnica, ou fugir das suas características, porquanto os primeiros registros históricos levados a efeito pelo Governo Brasileiro sempre fizeram referência ao grande número de indígenas originários do Vale do Rio Branco<sup>6</sup>, região atualmente abrangida pelo Estado de Roraima e comprovado em projetos de pesquisa das mais variadas matizes<sup>7</sup>.

É nesse contexto geográfico que se destaca a Terra Indígena Canaúanim, cujos precedentes e peculiaridades restarão a seguir reproduzidas em conformidade com o que consta na “apresentação” da sua Carta Regimental Organizacional, reformulada e aprovada pela 4<sup>a</sup> edição da sua Assembleia Geral, realizada em 06 de maio de 2018.

Com uma área de 11.182 hectares e abrigando atualmente, algo próximo a 850 pessoas, distribuídas preponderantemente entre as etnias Wapichana e Macuxi, o nome “Canaúanim” surgiu entre os indígenas para designar o lugar onde se colhiam frutos e produtos naturais em abundância, mas sem meios de transporte na época para escoar essa produção para os centros urbanos do Estado. Os indígenas começaram então a construir canoas com o propósito de levar essas mercadorias pelo pequeno rio que cortava a região, designando o esforço de logística de “kanauáwau” que, na língua indígena, significa “igarapé da canoa”.

---

5 Boa Vista, Capital do Estado de Roraima, apresenta porcentagem muito alta de índios, talvez a maior do Brasil, aquilatável empiricamente com mero passeio pelas suas ruas para estar constantemente cruzando com “caboclos”, como são chamadas de forma imprópria e depreciativa as pessoas de ascendência pré-colombiana (FERRI, 2009).

6 O Vale do Rio Branco se confunde com a extensa região que margeia rio do mesmo nome, forma pela confluência do Rio Uaricoera, que desce as encostas da Serra de Pacaraima em sentido sudeste até encontrar com o Rio Tacutu, percorrendo a partir daí mais de 800 quilômetros no sentido norte-sul, até desaguar na margem esquerda do Rio Negro. O Rio Branco foi descrito historicamente como a única via de acesso e o grande responsável pelo desenvolvimento econômico do extremo norte do Brasil (VIEIRA, 2007).

7 Farta documentação produzida na época da colonização e que trata especificamente da ocupação do atual território de Roraima restou espichada nos trabalhos acadêmicos de FARAGE (1991) e SANTILLI (1994 e 2001), confirmada ainda no início do século XX pelos relatos de viagem de KOCH-GRUNBERG (2006) que ajudam a provar com riqueza de detalhes a densidade populacional indígena da região.

Referida comunidade teve origem a partir do ano de 1914 e por obra do deslocamento de uma numerosa família indígena que morava em matas situadas na confluência dos Igarapés Azul e Preciosa, ambos desembocando no Rio Paraná e se destacando como um dos principais afluentes do Rio Branco, maior veio d'água do Estado e que desce margeando a capital Boa Vista.

Tal família acabou expulsa na época por um fazendeiro não indígena que, além de invadir irregularmente aquelas terras, requereu em nome próprio o título de propriedade privada das mesmas, fazendo uso da força para desapossar seus tradicionais habitantes. Essa família desalojada se juntou a uma outra que já morava na região, formando por lá a Comunidade Canauanim, cujo primeiro **Tuxaua**<sup>8</sup> nomeado foi justamente o patriarca do mencionado tronco expulso.

Os descendentes desse primeiro Tuxaua foram se revezando nessa função na medida em que a comunidade ia crescendo e se organizando internamente até que, por conta própria, resolveram os próprios indígenas delimitarem sua área e assim impedir o avanço dos “homens brancos” sobre ela. Ainda que à revelia dos Órgãos Oficiais, os resultados desse trabalho de campo foram reconhecidos pela FUNAI quando, em 1996, finalmente Canauanim restou homologada oficialmente como Terra Indígena no Brasil (RICARDO; RICARDO, 2017).

Muito bem estruturada e organizada por Carta Regimental escrita, a Comunidade Canauanim se pauta costumeiramente pelas suas Assembleias Comunitárias, tendo já enfrentado nos seus tradicionais regulamentos a questão da entrada, permanência e consumo de bebidas alcoólicas dentro do seu território, como a seguir será descrito, via estudo de caso acompanhado pelo Ministério Público do Estado de Roraima.

### 3 ESTUDO DE CASO

Em virtude de denúncia anônima encaminhada e recebida pela Terceira Procuradoria de Justiça Cível (do Ministério Público do Estado de Roraima) no dia 10 de setembro de 2018, Órgão responsável internamente pelos encaminhamentos das questões indígenas do Ministério Público Estadual, dando conta de possível crime previsto no artigo 58, inciso

8 No Estado de Roraima e particularmente dentro da Terra Indígena Canauanim, o *Tuxaua* se destaca como liderança eleita pelos comunitários a fim de representá-los perante as autoridades oficiais e demais pessoas não índias, sendo responsável ainda pela manutenção da ordem interna, aconselhamentos e resolução de conflitos (BARRETO, 2003).

III, do Estatuto do Índio e que estava na iminência de ocorrer dentro da Comunidade Indígena Canaunim, imediatamente foi expedida a Recomendação nº 001/2018 na mesma data do conhecimento dos fatos, contendo os seguintes termos:

O Ministério Público do Estado de Roraima, através do Procurador de Justiça subscrito, nos termos do artigo 129 da Constituição Federal de 1988 e artigo 58, II, do Estatuto do Índio, que dispõe que é crime, apenado com detenção de seis meses a dois anos, “propiciar, por qualquer meio, aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados, e;

CONSIDERANDO a realização do evento agendado para 13, 14 e 15 de setembro de 2018, na Comunidade Indígena do Canaunim;

CONSIDERANDO que foi autorizada a venda de bebidas alcoólicas durante referido evento;

CONSIDERANDO que no mesmo crime incorre aquele que concorre para proporcionar ou facilitar a comercialização de bebidas alcoólicas no evento, nos termos do artigo 29 do Código Penal.

#### RECOMENDA

a) que referida autorização para comercialização de bebidas alcoólicas seja revogada, sob pena de incorrer a Comissão Organizadora do evento no crime previsto no Estatuto do Índio; e

b) que seja expedida manifestação expressa sobre a presente recomendação no prazo de 24 horas.

Essa recomendação foi entregue em mãos ao Segundo Tuxaua do Canaunim na manhã do dia 13 de setembro de 2018, quando se daria início ao festejo comunitário denunciado. Sem embargo da medida acautelatória, chegou ao conhecimento do Órgão Ministerial que o evento acabou acontecendo de fato naquela Comunidade Tradicional nos dias 13, 14 e 15 de setembro, como anteriormente programado e com a venda liberada de bebidas alcoólicas, inclusive por parte de não indígenas convidados.

Reconhecendo que a nota recomendatória não produziu os efeitos imediatos pretendidos, mas teve o mérito de colocar em mora seus destinatários e ainda caracterizar o dolo específico para o tipo penal do

artigo 58, inciso III, do Estatuto do Índio, intimou-se os responsáveis indígenas daquela festa para prestarem esclarecimentos junto a mesma Procuradoria de Justiça Cível, em Boa Vista.

No dia 24 de outubro de 2018, compareceram naquela Unidade Ministerial o Primeiro Tuxaua do Canauanim, organizador do evento e professora da escola comunitária, todos indígenas da etnia Wapichana e moradores da localidade investigada. Explicaram que tão logo foi recebida na comunidade citada recomendação do Ministério Público Estadual pedindo para que bebidas alcoólicas não fossem vendidas e nem consumidas durante as festividades, reuniram-se todos em Assembleia Comunitária e deliberou-se pela sua desconsideração, uma vez a matéria se achava devidamente disciplinada na sua Carta Regimental<sup>9</sup> e não deveria haver interferência externa nos parâmetros de sua organização social, segundo direito reconhecido pelo *caput* do artigo 231 da CF/88<sup>10</sup>.

Feito isso, resolveram todos registrar em depoimentos complementares escritos, que a festividade é um evento tradicional que se repete há 14 anos na Comunidade, sendo também aberto à população não indígena, proveniente das sedes municipais do Cantá e de Boa Vista, revertendo a renda amealhada para melhorias de infraestrutura coletiva do Canauanim, registrando ainda, que jamais ocorreram problemas significativos e nem violência durante os festejos interculturais, ficando toda a segurança a cargo dos próprios comunitários.

No que respeita à liberação dos não indígenas para comercializarem bebidas alcoólicas, esclareceram que há nas imediações da Terra Indígena vários estabelecimentos comerciais de propriedade dos “brancos” que as vendem para qualquer pessoa, não sendo possível na prática, impedir a entrada de cachaça durante o evento e muito menos evitar o seu consumo interno no correspondente período, razão pela qual liberaram excepcionalmente essa possibilidade de atividade exógena, mas sempre com parte dos lucros revertidos para o caixa geral da comunidade.

---

9 Como lembrado no item II deste artigo, realmente na Comunidade do Canauanim “é proibida a venda e consumo de bebidas alcoólicas”, “ressalvando o acordo da Comunidade para seus Festejos Interculturais, Festa Produtiva e Festa do Campinho”, *ex vi* do item X, da sua respectiva Carta Regimental Organizacional.

10 Verdade que na cabeça do artigo 231 da CF/88 se preceitua que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, devendo o Estado proteger suas manifestações culturais, conforme inteligência do parágrafo 1º, artigo 215, da mesma Carta da República.

Encerradas as festas regimentalmente autorizadas, fizeram questão de reiterar que não mais se admite a entrada, permanência e consumo de bebidas alcoólicas dentro do Canaúanim, fazendo questão de convidarem o Ministério Público a visitar referida Comunidade no dia 05 de novembro de 2018, quando se realizaria uma grande Assembleia Geral e melhor seria esclarecida a questão do álcool dentro de terras indígenas no Brasil.

Assim, compareceram os autores perante aquela instância comunitária com o escopo de se discutir a complexa hipótese de criminalização das bebidas alcoólicas dentro de terras indígenas, lá permanecendo parte do dia. Confirmadas todas as informações prestadas dias antes pelas lideranças em Boa Vista, os debates abertos cingiram-se aos malefícios e perversidades ocasionadas pelo consumo indiscriminado da cachaça dentro das aldeias indígenas. Findas as discussões, apesar dos posicionamentos contrários, constatou-se a possibilidade futura daquela Comunidade rever sua anterior deliberação, vedando definitivamente e sem qualquer exceção o consumo da bebida alcoólica.

Nesse contexto, considerando ainda uma série de circunstâncias constitucionais, promoveu-se o arquivamento do feito investigatório preliminar, aberto por ocasião da recomendação, conforme as conclusões abaixo alinhavadas.

#### 4 CONCLUSÃO

Construir sentido da norma sobre caso concreto é, sem dúvida, o grande desafio atual, porquanto intimamente ligado à missão de efetivar um direito material conquistado por processo histórico de humanização. A tarefa se torna ainda mais difícil, quando se manejam textos legais escritos sob o regime constitucional anterior que, no caso dos indígenas, se sustentava sob paradigma agora superado por uma ideologia emancipatória e sem preconceitos. Parece que esse foi o maior desafio enfrentado pelas Autoridades do Estado, quando demandados a lidar com o caso concreto descrito. O encaminhamento dado oficialmente para os fatos exigiu uma interpretação que aproveitasse (e sempre buscando a máxima efetividade possível daquilo que restou legislado em outro momento) um sentido atualizado da norma que se alinhasse ao ambiente constitucional de 1988.

Esse trabalho de hermenêutica construtiva partiu primeiro de uma depuração semântica do próprio inciso III, artigo 58, do Estatuto do Índio legislado durante o período militar de 1973. A leitura de “propiciar” excluiu o próprio indígena de incidir no tipo penal, porque esses povos agora

têm liberdade para traçarem seus desígnios, sem as amarras tutelares do anterior regime e com base em um anterior Estado que se declarava assimilacionista.

Na mesma linha do aproveitamento, a expressão “índios não integrados” não deve ser declarada inconstitucional frente a CF/88, podendo ser aceita como uma classificação interna da FUNAI, sem aquele ranço vinculante para as demais esferas de poder e como forma de pautar políticas públicas direcionadas para o bem-estar dos indígenas no Brasil.

Isso tudo afinado com o *caput* do mesmo artigo 58, que visa primordialmente defender a cultura indígena de ataques externos e exógenos ao grupo tribal; aliás, no mesmo intento preconizado pela atual Constituição Federal e defendido em item anterior. Assim, quando se enfrenta um caso concreto aparentemente típico e em desconformidade com os parâmetros do artigo 58, inciso III, chega-se à conclusão que os mesmos valores, normativamente protegidos, restaram concretamente preservados por aquele povo, ainda que de modo transversal e tolerando iniciativas isoladas de possível ilegalidade.

Compreendendo o estudo de caso apresentado no contexto da sua mais ampla extensão prática, não se pode defender que a excepcional e esporádica liberação para aquisição e uso de bebidas alcoólicas (apenas três vezes ao ano, segundo respectiva Carta Regimental Organizacional) tenha o condão de “disseminar” aquela prática no seio do Canaunanim, propósito perseguido pela norma quando se criminalizou a conduta descrita no tipo do inciso III, artigo 58 do Estatuto do Índio. Muito menos, alegar destruição daquela cultura, uma vez que os agentes protegidos normativamente deliberaram pela melhor alternativa que a preservasse ou defendesse contra os influxos externos, tendo-se em conta que na realidade aquela comunidade sempre esteve ladeada de bares e outros estabelecimentos que vendem cachaça.

O que se percebeu na perspicaz deliberação dos comunitários foi uma tentativa para regulação de eventual tencionamento intercultural, porquanto aquela atividade de mercantilização fora dos perímetros territoriais indígenas não se reveste de ilegalidade, muito menos proibida a iniciativa dos indígenas de frequentarem tais estabelecimentos e por lá consumirem álcool de maneira espontânea.

Nesse fio condutor de aproximação e abertura comunitária promovida pelos próprios indígenas, não se pode ignorar que os festejos relacionados

como exceção ao consumo interno das bebidas alcoólicas se acham também franqueados para participação dos não indígenas, razão pela qual eventual iniciativa de se liberar apenas para eles o consumo do álcool poderia soar como medida discriminatória, em atentado à liberdade de autodeterminação daqueles indígenas.

Em vista desses fundamentos e principalmente por homenagem ao reconhecimento da organização social indígena; seu direito de livremente enfrentarem e resolverem os problemas internos; não sofrerem ainda discriminação e nem tutela de comportamento por parte do Estado; é que o caso do Canaunim foi arquivado junto ao Ministério Público Estadual, por uma questão de respeito e de justiça.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas – vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003.

CIR, Conselho Indígena de Roraima. *Filhos de Makunaima – vida, história, luta*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

COMUNIDADE INDÍGENA CANAUANIM. *Carta Regimental Organizacional da Terra Indígena Canaunim*. 4. ed. Cantá/RR, 2018.

FARAGE, Nádia. *As muralhas dos sertões – os povos indígenas no Rio Branco e a colonização*. Rio de Janeiro: Paz e Terra; ANPOCS, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FERRI, Patrícia. *Achados ou perdidos? A imigração indígena em Boa Vista*. 2. ed. Goiânia: MLAL, 2009.

IANNARELLI, Thaís. *Guia mundial de estatísticas*. São Paulo: On Line, 2012.

IBGE – Diretoria de Pesquisas. *Os indígenas no Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal – parte geral*. v. 1. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KOCH-GRUNBERG, Theodor. *Do Roraima ao Orinoco*. v. 1. Tradução de Cristina Albets-Franco. São Paulo: UNESP, 2006.

LIMA, Edilson Votorelli Diniz Lima. *Estatuto do Índio*. Lei nº 6.001/1973. Salvador: Jus Podium, 2011.

OLIVEIRA, Maria Conceição de. Processos de Alcoolização Indígena no Brasil: perspectivas plurais. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 1, jan. 2016.

PEREIRA, Priscila Perez da Silva; OTT, Ari Miguel Teixeira. O processo de alcoolização entre os Tenharim das aldeias do rio Marmelos, AM, Brasil. *Interface – Comunic., Saúde, Educ.*, v. 16, n. 43, p. 957-66, out./dez. 2012.

RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (ed. gerais). *Povos indígenas no Brasil – 2011/2016*. 12. ed. São Paulo: ISA, 2017.

SANTILLI, Paulo. *As fronteiras da República: história política entre os Macuxi no Vale do Rio Branco*. São Paulo: NHII/USP; FAPESP, 1994.

\_\_\_\_\_. *Pemongon patá: território Macuxi, rotas de conflito*. São Paulo: UNESP, 2001.

SILVEIRA, Edson Damas da. *Socioambientalismo Amazônico*. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Maximiliano Loiola Ponte de; DESLANDES, Suely Ferreira; GARNELO, Luiza. Modos de vida e modos de beber de jovens indígenas em um contexto de transformações. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, n. 3, p. 709-16, 2010.

VIEIRA, Jaci Guilherme. *Missionários, fazendeiros e índios em Roraima: a disputa pela terra*. Boa Vista: UFRR, 2007.



RECEBIDO EM: 10/09/2019

APROVADO EM: 01/10/2019

# O CONSUMIDOR IDOSO E A QUESTÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO FRENTE AO CRÉDITO CONSIGNADO

*THE ELDER CONSUMER AND THE ISSUE OF THE SUPERVISORY AGAINST THE CONSIGNED CREDIT*

*Fábio Campelo Conrado de Holanda*

*Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-graduando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professor do curso de graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação (Mestrado) em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Do endividamento ao superendividamento; 1.1 pressupostos e classificação; 1.2 Causas e consequências; 2 Hipervulnerabilidade do consumidor idoso; 2.1 Idoso frente ao crédito consignado; 2.2 Normas jurídicas protetoras do consumidor idoso; 3 Tutela jurídica do idoso superendividado à luz do direito comparado e nacional; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo avaliar a importância da função do Estado na proteção dos consumidores idosos, frente aos fornecedores de créditos na modalidade consignada, bem como as causas e consequências de seu superendividamento. Referido tema será abordado inicialmente sob a ótica geral das características, pressupostos e classificação do conceito de superendividamento, para avaliar o que denomina a hipervulnerabilidade do consumidor idoso frente ao crédito consignado e seus prováveis efeitos. Posteriormente, será verificada a origem do superendividamento e de que forma o Brasil foi influenciado com análise do Direito Comparado, para finalmente demonstrar os avanços legislativos e jurisprudenciais no País no que desrespeita à tutela desses indivíduos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Consumidor. Consumidor Idoso. Superendividamento. Crédito Consignado.

**ABSTRACT:** The objective of this work is to evaluate the importance of the State's role in the protection of elderly consumers against credit suppliers in the consigned form, as well as the causes and consequences of their over-indebtedness. This topic will be approached initially under the general perspective of the characteristics, assumptions and classification of the concept of super indebtedness, as well as evaluates what characterizes the hypervulnerability of the elderly consumer against paycheck credit and its probable effects. Subsequently, it will be verified the origin of this institute and how Brazil was influenced, to finally demonstrate the legislative and jurisprudential advances in the Country in which it disrespects the guardianship of these individuals

**KEYWORDS:** Sumer Law. Consumers Old Man. Sumer Super Indebtedness. Payroll Loans.

## INTRODUÇÃO

O crescimento da industrialização, o aumento populacional e os avanços tecnológicos resultaram em uma mudança de postura de alguns setores econômicos dos Estados modernos, isso porque, não obstante a novidade de algumas demandas, o objetivo do mercado econômico continuou o mesmo: atender o consumidor.

Segundo Lipovetsky (2007, p.28), os dois primeiros ciclos da era do consumo (década de 80 do século XIX até década de 70 do século XX) foram caracterizados pelo fordismo, onde o consumidor passou a experimentar a produção em série e em massa, a marca passa a ser o elo entre fornecedor e consumidor por meio da publicidade, o que aliado ao crescimento da renda da sociedade e dos investimentos públicos nos setores privados, promoveu uma explosão econômica e facilitou o aumento do consumo ao possibilitar à todos, incluindo ricos e pobres, a facilidade na compra.

Já no terceiro ciclo, que se deu a partir da década de 80, de acordo com o mesmo autor, a sociedade do consumo avança e não se interessa mais por produtos e serviços em série, passa a se preocupar com as sensações advindas da sua aquisição, onde se busca uma identidade individual para atingir a satisfação pessoal plena em cada produto ou serviço adquirido, o que, conseqüentemente, contribui para a formação de uma sociedade do hiperconsumo, onde o indivíduo é reconhecido pelo que tem e não pelo que é.

Ainda, nesse sentido, o consumo não deixa visível a identidade pelo custo dos produtos adquiridos, mas pelas escolhas individuais e as composições que cada um faz a partir das oportunidades que lhes são oferecidas pelo mercado, o qual não espera mais seu cliente, mas que o surpreende onde quer ele esteja (LIPOVETSKY, 2007, p.43).

Toda esta mudança econômica atingiu diretamente os consumidores, visto que, com a facilidade para o consumo, aliada ao aumento de produção e distribuição voltada a saciedade da população, os riscos ao consumidor aumentaram na mesma proporção do desenvolvimento, surgindo, assim, as práticas comerciais lesivas.

Métodos de publicidade que abrangem toda uma coletividade e práticas comerciais agressivas, complexas e eivadas de tecnicidade, vinculam o desenvolvimento da economia à possibilidade de superendividamento do consumidor, vulnerável, e na maioria das vezes incapaz de avaliar contratos face suas reais necessidades e possibilidades econômicas.

No Brasil não foi diferente, os fornecedores de produtos e serviços, sem opção, se adequaram à realidade global, aumentaram sua produção e mantiveram sua caça por consumidores a fim de satisfazer o cliente e, por conseguinte, garantir o lucro.

Dessa forma, percebeu-se que nas sociedades contemporâneas o aumento da produtividade era diretamente proporcional ao aumento da concessão de crédito que, a partir do ano 2000, se expandiu para pessoas físicas. Essa expansão do crédito causou alguns impactos e um deles foi o aumento do endividamento das famílias brasileiras e do comprometimento da sua renda a ponto de prejudicar sua subsistência (BORGES, 2016, p.14).

Com a regulamentação do crédito consignado para trabalhadores do setor privado, aposentados e pensionista do INSS, que se deu com a Lei nº 10.820/03, tal situação se estendeu ao consumidor idoso, uma vez que o crédito financeiro passou a ser obtido junto às instituições financeiras, sendo o pagamento realizado por meio de descontos feitos direto na fonte pagadora.

Salienta-se que, em princípio, mencionada lei teria o condão de facilitar o livre acesso do idoso ao mercado de empréstimos financeiros, o que contribui imensamente para sua inclusão no mercado de consumo, permitindo sua maior participação dentro da sociedade. No entanto, por apresentar menor taxa de juros para o devedor e menor risco para o credor, a venda do crédito consignado para aposentados e pensionistas se tornou um forte atrativo para as instituições financeiras, pois, nessa modalidade de crédito, a renda futura do devedor é transformada em garantia do empréstimo, o que reduz o risco desta operação, passando a ser um excelente negócio para o credor.

Nesse ambiente, os idosos são vistos como alternativa lucrativa e se transformam no principal foco de campanhas publicitárias, cuja intenção primordial é promover a satisfação imediata desses sujeitos que estavam esquecidos do mercado de consumo, já que eram considerados de pouco poder econômico.

Assim, o que no primeiro momento parecia reluzir como medida protetora de acesso ao consumo por parte dos idosos passou a ser visto como forma de superendividamento desses sujeitos, já que a grande maioria dos idosos adquirentes de créditos não tem a necessária compreensão sobre o impacto que o contrato de venda firmado causa na sua renda, o que caracteriza sua extrema vulnerabilidade, motivo pelo qual dependem de proteção específica.

Por meio do art. 170 da CF/88, a ordem econômica tem em sua base alguns vetores que contribuem com a construção de um desenvolvimento econômico que leve em consideração, além da produção industrial, a defesa do consumidor, do meio ambiente, bem como a redução das desigualdades sociais.

Há uma tentativa de proteger o indivíduo e de proporcioná-lo uma melhor qualidade de vida, tendo em vista que o modelo econômico antes adotado pelo Estado de Direito Liberal visava tão somente à produção industrial e a circulação de riquezas sem considerar os impactos que a atividade empresarial poderia trazer aos indivíduos, seja na condição de trabalhadores, seja na condição de consumidores.

Dessa forma, a tutela do Estado no que desrespeito à proteção dos idosos contra abusos cometidos por fornecedores de crédito se torna imprescindível, principalmente quando estes se encontram superendividados e com o sustento de sua família comprometido.

Este trabalho tem como objetivo avaliar a importância da função do Estado na proteção dos idosos, os quais são considerados consumidores hipervulneráveis frente aos fornecedores de créditos na modalidade consignada, bem como as possíveis causas e consequências do seu superendividamento, além de verificar as implicações econômicas e sociais advindas da incapacidade dos devedores de saldar suas dívidas.

Referido tema será abordado inicialmente sob a ótica geral das características, pressupostos e classificação do conceito de superendividamento, para avaliar o que caracteriza a hipervulnerabilidade do consumidor idoso frente ao crédito consignado e seus prováveis efeitos. Posteriormente, será verificada a origem do superendividamento e de que forma o Brasil foi influenciado pelo Direito Comparado.

## **1 DO ENDIVIDAMENTO AO SUPERENDIVIDAMENTO**

Contrair uma dívida não é algo necessariamente ruim, afinal não é possível viver sem consumir. Se o objetivo é comprar a casa própria, por exemplo, o financiamento pode ser a melhor alternativa. Entretanto, quando as dívidas comprometem o adimplemento das obrigações básicas, esse comportamento pode configurar o superendividamento. Segundo a doutrina o endividamento é fato individual, mas com corolários sistêmicos evidentes:

O endividamento é um fato inerente à vida em sociedade, ainda mais comum na atual sociedade de consumo. Para consumir produtos e

serviços, essenciais ou não, os consumidores estão – quase todos – constantemente se endividando. A nossa economia de mercado seria, pois, por natureza, uma economia do endividamento. Consumo e crédito são duas faces de uma mesma moeda, vinculados que estão no sistema econômico e jurídico de países desenvolvidos e de países emergentes como o Brasil (LIMA, 2006, p. 45).

O superendividamento pode ser definido como a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo, excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos

Percebe-se que o aumento do consumo está diretamente ligado à venda do crédito, se há crédito há consumo, o que proporciona um aumento na produção e acelera a economia. O problema inicia quando esses consumidores não conseguem mais pagar suas dívidas sem comprometer as despesas básicas de sobrevivência da sua família e se tornam superendividados, ou seja, aquelas pessoas que, de boa-fé, contraíram dívidas e se vêem impossibilitados de pagá-las com sua atual renda e seu patrimônio (MARQUES, 2006, p.256).

### 1.1 PRESSUPOSTOS E CLASSIFICAÇÃO

Para ser considerado superendividado não basta dever, é necessário ser leigo (não profissional, não empresário). É imprescindível que tenha agido de boa-fé, adquirido um crédito, seja por meio de cheque especial, cartão de crédito, financiamento bancário ou qualquer outro tipo, acreditando ser essa a única maneira de possuir tais bens e por alguma razão não consegue mais cumprir com a obrigação de pagar suas parcelas exigíveis e vincendas, sem prejudicar as suas despesas básicas, como por exemplo, saúde e alimentação.

Dessa forma, tem-se que existe o superendividado ativo e passivo. O ativo se deixa levar pela manipulação estratégica do marketing, da publicidade adotada pelos fornecedores e cede às irresistíveis e tentadoras promoções, terminando por gastar muito além daquilo que efetivamente ganha. Já o passivo, é aquele que acaba por ser vítima de situações negativas inesperadas que lhe impossibilita de honrar seus compromissos, ou seja, utiliza o crédito de forma responsável, porém, é surpreendido por fatores externos e alheios à sua vontade, como por exemplo, desemprego, divórcio, morte, nascimento, empréstimos necessários, dentre outros.

Destaca-se que o superendividado ativo pode ser consciente e inconsciente. Aquele, age baseado flagrantemente por má-fé, pois se utiliza do crédito já sabendo que não o poderá reembolsar o credor posteriormente, portanto, não será tutelado pelo Estado. Já o inconsciente age impulsivamente e, de acordo com suas atitudes, configura um estado de má administração de seus gastos em detrimento do patrimônio e renda que possui à sua disposição.

## 1.2 CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

Acerca da compreensão dos problemas advindos com a facilitação do crédito e dos males da sociedade de consumo contemporânea, a sociologia é esclarecedora, detalhando que atualmente estamos vivendo o tempo dos objetos, existimos segundo seu ritmo e em conformidade com a sua sucessão permanente. Complementa afirmando o seguinte:

Chegamos ao ponto em que o consumo invade toda a vida, em que todas as atividades se encadeiam do mesmo modo combinatório em que o canal das satisfações se encontra previamente traçado, hora a hora, em que o envolvimento é total, intereimanete climatizado, organizado e culturalizado. (BAUDRILLARD, 2014, p. 18).

Corroborando tais considerações do sociólogo francês, SCHMITT (2014, p. 143) pontua que o que pode parecer um desenvolvimento positivo pode revestir-se de uma cultura do narcisismo:

Em que pesem os grandes avanços tecnológicos obtidos no século XX, a humanidade alcança o século XXI convivendo com sentimentos de impotência face à descrença em idéias políticas coletivas, ao descrédito nas autoridades constituídas, à ameaça do terrorismo, a uma burocracia estatal desumanizante, a um generalizado descompromisso social e ético, à decadência dos vínculos afetivos significativos, entre outros elementos fomentadores de um caos social gerador de extrema insegurança, e, por consequência, de aflição.

Bauman (2008, p.102) caracteriza a sociedade de consumo pela aquisição excessiva e pela rápida substituição dos bens disponíveis no mercado, não emergem vínculos duradouros. Diz o autor que na sociedade consumerista as pessoas são impelidas a consumir em curtos espaços de tempo para a satisfação dos desejos. Motivados pela necessidade de reconhecimento exterior e apoiado pelo crédito fácil, consumidores são levados a crer que consumir é ser feliz.

Destarte, a busca pela qualidade de vida com o acesso aos produtos e serviços tido como essenciais pela sociedade de consumo, a facilitação do crédito, com a popularização do uso de cartões de créditos, empréstimos consignados e do cheque especial, que incluiu uma grande parte da população neste mercado e estreitou a relação dos consumidores com os bancos, tem sido destaque nas causas que comprometem suas rendas familiares.

No Brasil, onde a população em sua maioria é formada por pessoas de baixa renda, o consumo é propulsor da inclusão social, principalmente o consumidor idoso. A partir de 2003 que a concessão de crédito para pessoas físicas cresceu, com base na redução na taxa de juros e a regulamentação do crédito consignado para trabalhadores do setor privado, aposentados e pensionistas do INSS por meio da Lei 10.820/03 (ANDRADE, 2012, p. 26).

As facilidades geradas pela tecnologia com o advento da internet e a difusão dos meios de comunicação em massa, tem permitido o intercâmbio de ideias entre pessoas de outras cidades ou países, ou seja, também contribuiu com o crescimento econômico a qualquer custo, impondo um padrão de comportamentos e atitudes nas relações de consumo das pessoas, das famílias e das culturas. Necessidades são geradas para satisfazer o mercado.

A busca desenfreada pelo lucro devido à necessidade de participação ativa no sistema capitalista contemporâneo influencia na forma como esses produtos e serviços são ofertados no mercado. É comum a veiculação de publicidades infames promovidas pelas empresas que utilizam a falta de informação do consumidor para coagí-los a comprar o que não precisa, com dinheiro que não tem, o que pode comprometer não só a sua renda, como a da sua família, como meio de inserção na sociedade consumerista.

Em se tratando de consumidores idosos a situação se agrava, pois, considerando a realidade brasileira, esses indivíduos passaram longos anos de sua vida trabalhando duro, com restrições financeiras para adquirir bens duráveis, quando finalmente se aposentam e podem desfrutar de uma vida mais tranquila, são ludibriados a acreditar que o crédito é o mecanismo de oportunidade para realizar seus sonhos e desejos.

É nesse universo que as intuições financeiras (fornecedores) se aproveitam e passam a ofertar linhas de créditos sem prestar informações qualificadas capazes de tornar compreensível a contratação ventilada, o que sugere a falta de entendimento sobre o impacto do contrato firmado,

tornando clara a extrema vulnerabilidade desse grupo de consumidores, que compromete grande parte de sua renda com descontos realizados direto na fonte pagadora e, dessa forma, são conduzidos ao estado de superendividamento.

Assim, fica fácil perceber as consequências da venda de crédito de forma irresponsável, não só para os adquirentes, mas também para a sociedade em geral, pois o que inicialmente proporcionaria a inclusão social pode ter efeito reverso, visto que ao se tornarem inadimplentes e com o sustento de sua família comprometido, os idosos deixam de comprar, logo são excluídos novamente da sociedade. O consumo diminui, a produção baixa e a economia desacelera, o que contribui para o aumento de juros, desemprego, dentre outros problemas.

## **2 HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO**

Qualquer pessoa que deseja adquirir um produto ou serviço, via de regra, pode ser consumidora. Este, conforme o inciso I do artigo 4º do CDC, é considerado a figura mais frágil na relação contratual, uma vez que não detém o conhecimento pleno do produto ou serviço adquirido. Não há contato com o caminho de produção e comercialização do produto. Neste sentido, conclui-se que o consumidor deve ser tratado de forma diferenciada para que haja equilíbrio na relação com o fornecedor.

O superendividamento pode atingir qualquer indivíduo que não tenha o devido cuidado ao firmar contratos de consumo. Todavia, existem pessoas que são mais facilmente vitimadas por esse problema, os hipervulneráveis, enquadrando-se nessa categoria os idosos, cujos motivos são extraordinários, entre eles, pode-se citar o fator biológico. A forma que uma pessoa jovem recebe e processa qualquer informação disponibilizada é bastante diferente no caso do idoso.

### **2.1 IDOSO FRENTE AO CRÉDITO CONSIGNADO**

Com a regulamentação do crédito consignado, que se deu com a Lei 10.820/2003, o idoso passou a ser visto como fonte de lucro para as instituições financeiras, pois tal modalidade de venda dimui o risco de inadimplência já que a renda futura do devedor idoso é transformada em garantia do empréstimo.

Como dito anteriormente, o menor risco de inadimplência faz com que o crédito consignado tenha taxas de juros menores do que as demais

modalidades de crédito ao consumo, isso facilitou sua venda, pois atraiu os consumidores, principalmente os idosos, que aderiram tal modalidade não só para aquisição de bens, mas também como possibilidade de viagens, festas, reformas em suas residências, dentro outros. Ocorre que, na sua grande maioria, essa negociação é feita por meio de contrato de adesão, ocasião em que a vontade contratual encontra-se reduzida a uma mera aceitação por parte do aderente, sem a possibilidade de discutir cláusulas, o que evidencia sua vulnerabilidade.

Em se tratando de consumidor idoso, características físicas e biológicas fazem com que sua capacidade seja diminuída e o raciocínio seja afetado pela debilidade do cérebro, além da diminuição da faculdade visual. Neste sentido a doutrina diz o seguinte:

Assume-se que a idade traz vulnerabilidades, perda de papéis sociais com a retirada de atividade econômica, aparecimento de novos papéis (ser avós), agravamento de doenças crônicas e degenerativas, perdas de parentes e amigos entres outras. (...) Pode-se dizer que as principais características do grupo são o crescimento, proporcional à idade, das suas vulnerabilidades físicas e mentais e a proximidade da morte (CAMARANO, 2004 p. 2-3).

Diante disso, impõe-se o reconhecimento de uma hipervulnerabilidade do consumidor idoso, motivo pelo qual não é difícil afirmar que a fragilidade psíquica dos idosos acarreta um cuidado especial para lidar com contratos de financiamento, haja vista o déficit de compreensão quanto ao preço que paga pelo crédito adquirido, lhe falta conhecimento e capacidade técnica para entender a complexidade dos cálculos que envolve um financiameto, bem como conhecimento jurídico no que desrespeito ao conteúdo do contrato firmado, deixando passar certos abusos por parte das intuições financeira, as quais pode imputar-lhes grande prejuízo de ordem econômica e moral.

O STJ já se manifestou claramente sobre a necessidade de proteção ao consumidor hipervulnerável. No Resp nº 586316 MG 2003/0161208-5<sup>1</sup>, o Ministro Herman Benjamin é contudente quando afirma que:

Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com

---

1 STJ - REsp: 586316 MG 2003/0161208-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/04/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 20090319 --> DJe 19/03/2009.

a massificação do consumo e a “pasteurização” das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. Acrescenta ainda que ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos (BENJAMIN, 2009).

Os maiores problemas a serem enfrentados ao tema do superendividamento são os de equilíbrio na relação contratual, direito à informação (contra o marketing abusivo), isso poderá pelo menos mitigar, em termos de justiça distributiva, situações de superendividamento através, sobretudo, da proteção da vontade do consumidor e de sua confiança.

O desinteresse das instituições financeiras em prestar os esclarecimentos necessários é fator contribuinte para o superendividamento do idoso. Não é raro assistir publicidades voltadas às técnicas de manipulação e convencimento quanto ao fato de que o consumo proporciona felicidade, comodidade e soluciona problemas, no intuito de atingir seu objetivo primordial: lucro. Logo, o que a princípio deveria servir para promover o acesso do idoso ao consumo, acaba sendo diagnosticado como meio de exclusão.

Dessa forma, um dos caracteres que marcam esta atuação no mercado contratual relativo à venda de crédito na modalidade consignada é o desequilíbrio, vez que um polo é formado pelo fornecedor de serviço, as instituições financeiras, que em si estão agregadas ao poderio econômico, e em outro encontra-se o idoso, repleto de excessivas desvantagens.

Importante ainda enaltecer a figura do idoso pródigo, considerado aquele que dissipa as suas rendas de forma imoderada e sem uma finalidade útil. O Código Civil de 2002 trata no seu Capítulo I da Personalidade e da Capacidade, separando, em linhas gerais, os absolutamente incapazes, e os relativamente incapazes, no seu artigo 4º inciso IV, fala dos pródigos.

Além da habitualidade e da natureza dos gastos, a prodigalidade pressupõe que os gastos praticados devam comprometer uma parte significativa do patrimônio, existindo a hipótese de levar o indivíduo à pobreza ou à miséria.

Um caso judicial interessante foi o julgado preferido pelo TJ/MG<sup>2</sup>, pelo qual foi mantida a necessidade de curadora decretada em ação de interdição por prodigalidade, tendo em vista existirem indícios da absoluta incapacidade do idoso, ante a sua recusa expressa em justificar as dívidas contraídas e seu consequente endividamento. Se o Código Civil de 2002 trata o pródigo como relativamente incapaz, ele poderá praticar os demais atos da vida civil, com exceção aos assuntos patrimoniais, estando esses passíveis de anulação.

## 2.2 NORMAS JURÍDICAS PROTETORAS DO CONSUMIDOR IDOSO

Em razão da vulnerabilidade física, psíquica e social dos idosos, que fundamentam sua vulnerabilidade jurídica, seu direito de igualdade, previsto na CF/88, deve ser resguardado. Em se tratando de consumo, a igualdade almejada pelo CDC em conjunto com o Estatuto do Idoso passa pela necessidade do reconhecimento do idoso como parte mais fraca da relação:

Tratando-se de consumidor ‘idoso’ (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de ‘planos’ de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária (MARQUES, 2003, p. 194).

O art. 230 da CF/88 identifica a necessidade de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem estar. Já o CDC, embora não mencione expressamente os idosos, o art. 39, IV, se expressa sobre a fraqueza relacionada à idade, da mesma forma que o art. 37 menciona as crianças como um consumidor especial, cujo teor tenta fazer valer o princípio do equilíbrio contratual, desestimulando práticas abusivas.

A Lei 10.741/03, protege todos os idosos sobre tudo aquilo que se refere à sua vida em sociedade, enaltece a manutenção da sua dignidade como pessoa humana e resgata a sua inclusão social, além de reconhecer a sua hipervulnerabilidade diante da dinâmica social capitalista.

---

2 TJ-MG - AI: 10378130013915001 MG, Relator: Oliveira Firmo, Data de Julgamento: 14/04/2015, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/04/2015).

Dessa forma, constata-se que mencionada Lei veio para regular suas garantias, enfatizando seu o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária e, ao mesmo tempo em que trouxe uma série de dispositivos inéditos para o ordenamento jurídico brasileiro, teve o papel de consolidar, numa única lei, diversos direitos assegurados pela legislação esparsa, com o propósito de garantir a cidadania, àqueles com idade igual ou superior a sessenta anos.

Na busca pelos direitos do consumidor idoso como pessoa hipervulnerável, nada impede a aplicação conjunta dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, direito à vida, à igualdade, à cidadania, dentre outros, junto com o Estatuto do Idoso e o CDC. Neste contexto, os direitos fundamentais atuam com uma incidência indireta nas relações privadas.

Ainda assim, não é difícil constatar que, por mais que exista diversos fundamentos jurídicos que respalde o idoso, não há nada específico no que corresponda a sua proteção contra o superendividamento, frente aos abusos cometidos pelos fornecedores, o que torna necessária alterações no Estatuto do Idosos e no CDC, com o escopo de suprir as necessidades e demandas que estes grupos menos privilegiados carecem, principalmente no que se refere à sua prevenção e tratamento frente ao superendividamento.

### **3 TUTELA JURÍDICA DOS SUPERENDIVIDADOS IDOSOS À LUZ DO DIREITO COMPARADO E NACIONAL**

Para Marques (2010, p. 25), o direito do consumidor tem como finalidade proteger os consumidores, melhorando a qualidade e lealdade dos produtos e serviços, incluindo-os na sociedade, melhorando seu acesso, promovendo assim a proteção, educação e informação para trazer mais segurança e transparência ao mercado, combatendo as abusividades e conflitos.

Ocorre que, não obstante a importância da finalidade do CDC, o superendividamento é uma das matérias que ainda não é observada expressamente no mencionado código. No entanto, diante do número vasto de casos concretos que buscam amparo judicial como forma de proteger os direitos dos consumidores os, quais foram violados por intuições financeiras, o judiciário tem se inspirado na doutrina e legislação internacional, e assim trazido solução para essas demandas, com o intuito de coibir e desestimular atos ilícitos que provoquem o superendividamento dos consumidores.

Tendo em vista que o superendividamento não se deve somente pelo inadimplemento das obrigações dos consumidores frente às suas aquisições, sendo configurado também por causas não econômicas, como falha de informação e educação dos consumidores, além dos abusos cometidos pelos fornecedores, seja por omissão de informação ou pela desvirtuação das informações, torna-se substancial a aplicação do CDC e da Constituição Federal.

Diante disso, o desejo de um direito aliado às políticas públicas que reencontram a cidadania/dignidade dos consumidores superendividados vai além de recuperação financeira, alcança instrumentos que permitem a prevenção, o tratamento e a identificação dos novos princípios basilares das relações de consumo, que são: informação, aconselhamento e renegociação.

Como citado anteriormente, o Brasil não possui mecanismos específicos para enfrentar a grave situação do superendividamento, faz-se mister a utilização de outros elementos para auxiliar o consumidor frente a situação que enfrenta. O superendividamento é um fator social mundial e regulamentado em vários países (o primeiro foi a França, que desde 1978, disciplina a informação e a proteção dos consumidores no domínio das operações de crédito, por meio da Lei Scrivener).

As disposições dessa Lei foram reunidas no *Code de la Consommation* do ano de 1993 obriga o anunciante de todo negócio que envolva uma operação de crédito a inserir na sua publicidade as informações mencionadas, de modo que o consumidor já pode, desde a fase da publicidade, refletir sobre as condições do negócio, além disso, privilegia soluções administrativas e um plano de pagamento para o consumidor, supervisionado pelo magistrado, antes de passar a fase judicial (MARQUES, 2010. p. 580).

Dessa forma, o Código de Consumo Francês foi utilizado como base para a feitura do Projeto de Lei em tramitação no Brasil que versa sobre o superendividamento. Segundo a autora, no Canadá há um *trustee*, um conselheiro administrativo ou mediador privado, não judicial, que pode ser indicado pelo Estado. A Alemanha conhece ainda uma comissão, *Kommission für Insolvenzrecht*, apenas para observar, revisar e melhorar o procedimento:

Frente a crise de solvência da pessoa física leigo, o consumidor, dois são os caminhos possíveis: “temporizar”, reescalando, planejando, dividindo as dívidas a pagar, ou reduzir estas, perdendo os juros, as taxas ou mesmo o principal, em parte ou totalmente, a depender do

patrimônio e das possibilidades do devedor, sempre reservando a ele um mínimo existencial (restre a vivre). Este tempo, em que o consumidor terá que pagar suas dívidas, conforme o renegociado entre todos os credores, com supervisão do Estado, pode ser longo. A Alemanha exige 7 anos de pagamento do consumidor para chegar ao perdão das dívidas, enquanto na Europa o normal são 4 anos (MARQUES, on line, 2010, p. 32).

É muito relevante examinar a experiência do Direito Comparado nesse campo do superendividamento, principalmente pelo fato de ainda não haver legislação brasileira sobre o assunto; os traslados dos resultados encontrados em outros ordenamentos servem para inspirar a formulação de concepções adequadas ao sistema sócio jurídico brasileiro, sem necessariamente retirar a originalidade da adaptação das novas soluções ao nosso próprio ambiente cultural.

Tendo em vista a necessidade de conformidade da legislação com a realidade atual da sociedade, a inclusão do instituto superendividamento no CDC é medida de urgência. Assim sendo, o Senado Federal propôs um Projeto de Lei (PLS 283/2012) cujo objetivo é atualizar o CDC nesse sentido, já aprovado por unanimidade pelos senadores e, atualmente, na Câmara dos Deputados com o número PL 3515/2015.

O objetivo do Projeto de Lei supracitado é dar maior ênfase ao problema do superendividamento, descrevê-lo e abrir o caminho para seu combate. Pretende-se alterar o CDC para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento, promover acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, além do fim da “propaganda enganosa”, bem como a proteção do hipervulnerável contra os abusos cometidos por maus fornecedores. Dispõe ainda sobre a conciliação no superendividamento e acrescenta o § 3º ao art. 96 da Lei nº 10.741/03 para estabelecer que não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso.

O projeto prevê a garantia para o crédito responsável, um maior incentivo para a educação financeira, prevenção e tratamento para que as situações de endividamento não venham a ocorrer novamente. De acordo com o projeto, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a 30% da remuneração mensal líquida, definindo o “mínimo existencial” de renda, e, para que isso ocorra, a dívida deve ser revista e repactuada.

O projeto também prevê que, a pedido do consumidor, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com realização de audiência conciliatória. Nessa audiência, o consumidor apresentará um plano de pagamento, com prazo máximo de cinco anos, preservando o mínimo existencial.

Pelo exposto, podemos concluir que o PL 3515/2015 vem acrescentar no CDC, incentivando alternativas plausíveis para o tratamento e do superendividamento, e a partir de medidas corretas para instruir o consumidor, e estabelecendo condutas de boa fé e lealdade nas atividades financeiras.

Diante da omissão legislativa, não só a doutrina quanto a jurisprudência têm servido como instrumentos de atuação na defesa do superendividado. Baseado nos princípios fundamentais impostos pela CF/88, entre eles o da preservação do mínimo existencial em consonância com o princípio da dignidade humana, aliado à finalidade do CDC e ao Estatuto do Idoso em proteger os consumidores, melhorando a qualidade e lealdade dos produtos e serviços, incluindo-os na sociedade, promovendo assim a proteção, educação e informação para trazer mais segurança e transparência ao mercado, combatendo as abusividades, é que a jurisprudência do nacional busca proteger os consumidores idosos, de boa-fé, que se encontram superendividados.

Embora o STJ entenda que a forma de contratação do crédito consignado é plenamente válida, uma vez que o crédito foi obtido por livre e espontânea vontade, permitindo assim o desconto, a corte limita-o a 30% dos rendimentos do devedor. Trata-se, portanto, de reconhecimento da existência de risco à subsistência do consumidor e de sua família.

A exemplo disso destaca-se o julgamento proferido no final de 2016 pela 3ª Turma do STJ<sup>3</sup>, onde foi reconhecida a validade da cláusula autorizadora de desconto em conta-corrente para pagamento das prestações do contrato de empréstimo, ainda que se trate de conta utilizada para recebimento de salário, todavia, determinou que os descontos não podem ultrapassar 30% (trinta por cento) da remuneração líquida percebida pelo devedor, após deduzidos os descontos obrigatórios.

---

3 STJ - REsp 1584501/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 13/10/2016.

Outro caso judicial interessante foi o recente julgado proferido pela 4ª Câmara de Direito Privado do TJ/CE<sup>4</sup>. Em manifesta prática abusiva aos direitos dos consumidores, determinadas instituições financeiras venderam crédito consignado à consumidora (autora na ação), cuja totalidade dos descontos comprometem demasiadamente a sua renda auferida, ultrapassando o percentual de 30%, motivo pelo qual a pretensão da consumidora foi acolhida neste ponto. Interessante, no caso, que o julgado tenha destacado o caráter lesivo dos descontos realizados pelas instituições financeiras, em decorrência da possibilidade de submissão da devedora ao estado de penúria, dado o comprometimento integral dos seus vencimentos.

Já no que se refere à tutela específica dos idosos em caso de superendividamento, ressalta-se o julgado do TJ/RS<sup>5</sup> proferido em 2016, pelo qual foi enaltecido o fato da consumidora além de ser idosa, não ter recebido as informações necessárias para realização do contrato com a instituição financeira, *de sabidamente grande poderio econômico*, configurando-a como hipervulnerável e merecedora de atenção jurídica específica.

Ainda no mesmo julgado, restou caracterizado o estado de superendividamento da consumidora idosa, uma vez que a mesma possuía inúmeros empréstimos bancários que somados minam seus vencimentos ao ponto de não conseguir mais honrar com todas as dívidas e manter o necessário para a manutenção do seu mínimo existencial, por isso, foi observada a fragilidade da idosa, principalmente quanto à obrigação da instituição financeira de informar e esclarecer sobre os riscos do crédito e o comprometimento futuro de sua renda, pois além de um direito do consumidor é também um dever de cautela do fornecedor de crédito. Assim, uma vez que a formação do contrato não respeitou as diretrizes fundamentais de todo e qualquer negócio jurídico, e que, em verdade, o grande causador do estado de inadimplência em que vive a consumidora idosa foi o próprio banco (fornecedor de crédito), foi inadimitido pelo Tribunal julgador a inclusão do seu nome nos cadastros de maus pagadores, justamente, em razão de atrasos no pagamento do acordo, sendo, portanto, configurada ilícita a inscrição do nome da idosa em razão do negócio jurídico entabulado entre as partes.

4 TJ-CE - Processo nº 0009965-82.2008.8.06.0001. Relator(a): DURVAL AIRES FILHO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 4ª Câmara Direito Privado; Data do julgamento: 03/10/2017; Data de registro: 04/10/2017.

5 TJ-RS - AC: 70068248798 RS, Relator: Ana Paula Dalbosco, Data de Julgamento: 08/03/2016, Vigésima Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/03/2016.

Percebe-se a tendência do Judiciário em seguir o que está sendo proposto no Projeto de Lei que visa a atualização do CDC, de modo a proteger os mais vulneráveis na relação de consumo, evitando o superendividamento perpétuo.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a regulamentação do crédito consignado para trabalhadores do setor privado, aposentados e pensionista do INSS, os idosos passaram a ser vistos como alternativa lucrativa para os fornecedores de crédito e se transformam no principal foco de campanhas publicitárias, cuja intenção primordial é promover a satisfação imediata desses sujeitos.

Diante dos abusos cometidos por parte dos fornecedores de créditos, o que a princípio daria acesso ao consumo por parte dos idosos, acaba sendo visto como forma de superendividamento desses sujeitos, os quais, em sua maioria, devido aos limites próprios de sua idade, não têm a necessária compreensão sobre o impacto que o contrato de venda firmado causa na sua renda, provocando desestabilidade financeira de sua família.

Dessa forma, esse problema social vem provocando transtornos nas mais diversas áreas do país, fazendo com que haja um grande desequilíbrio social e econômico. Assim, fica evidente que o superendividamento merece um tratamento específico e regulamentação especial, por ser um fenômeno que envolve pessoas de boa-fé e possuem interesse em quitar suas dívidas, mas que estão impossibilitadas.

Mesmo ainda não havendo legislação específica sobre este instituto, enquanto tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3515/2015 que atualiza o CDC para a questão do superendividamento, verifica-se o uso do direito comparado para a resolução dos conflitos, sendo mais utilizado o método francês, onde há renegociação de dívidas do consumidor com o credor, sem prejudicar qualquer uma das partes e assim, combater este grande problema econômico e social, fazendo que esses indivíduos sejam reinseridos no mercado de consumo de forma educada do ponto de vista do consumo consciente, honrando assim, seus compromissos, de forma que não comprometam sua subsistência, o que é o fim maior objetivado pelo texto constitucional.

Baseado nos princípios fundamentais impostos pela Constituição Federal, entre eles o da preservação do mínimo existencial em consonância com o princípio da dignidade humana, bem como a finalidade do CDC

em proteger os consumidores, melhorando a qualidade e lealdade dos produtos e serviços, incluindo-os na sociedade, a jurisprudência nacional tem pacificado o entendimento no que concerne ao limite dos descontos do crédito consignado.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Pino da Silva. *Avaliação da Recente Expansão do Crédito no Brasil: Boom ou Crescimento Sustentável*. 2012. 103 p. Dissertação (Mestrado em Ciências) - USP, São Paulo, 2012.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Portugal: Edições 70, 2014.

BAUMAN, ZYGMUNT. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BORGES, Marcos Antônio. *Expansão do crédito, comprometimento de renda e vulnerabilidade das famílias brasileiras na década de 2000*. Dissertação apresentada à Escola de Economia de São Paulo da FGV. São Paulo. p. 14. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17704>>. Acesso em: 20.out.2017.

BRASIL. STJ - REsp: 586316 MG 2003/0161208-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/04/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 20090319 --> DJe 19/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=586316+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. STJ - REsp 1584501/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 13/10/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+1584501&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. TJ-CE - Processo nº 0009965-82.2008.8.06.0001. Relator(a): DURVAL AIRES FILHO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 4ª Câmara Direito Privado; Data do julgamento: 03/10/2017. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3142926&cdForo=0&vlCaptcha=rwyd>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. TJ-MG - AI: 10378130013915001 MG, Relator: Oliveira Firmo, Data de Julgamento: 14/04/2015, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA

CÍVEL, Data de Publicação: 17/04/2015). Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182339229/agravo-de-instrumento-cv-ai-10378130013915001-mg>>. Acesso em: 10 jan 2018.

BRASIL. TJ-RS - AC: 70068248798 RS, Relator: Ana Paula Dalbosco, Data de Julgamento: 08/03/2016, Vigésima Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: *Diário da Justiça do dia 11/03/2016*. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321827121/apelacao-civel-ac-70068248798-rs/inteiro-teor-321827133?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10.jan.2018.

BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Acesso em: 22. out. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº. Lei 10.741/03. *Estatuto do Idoso*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 20.10.17.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 3515/2015. *Disciplina o crédito e o superendividamento*. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao). Acesso em 20.10.17.

CAMARANO, Ana Amélia; PASIANTO, Maria Teresa. Introdução in: *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Organizadora: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 2-3.

FRANCO, Marielza Brandão. O superendividamento do consumidor: fenômeno social que merece regulamentação legal. *Revista do Direito do Consumidor*; São Paulo, 2010.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

LIMA, Clarissa Costa de. Medidas preventivas frente ao superendividamento dos consumidores na União Européia. *Revista do Direito do Consumidor*; São Paulo, 2010.

LIMA RODRIGUES, Francisco Luciano; NUNES ALMEIDA, Saulo. *Os efeitos da Constitucionalização do Direito Civil Sobre a Propriedade Privada: o papel da emenda constitucional nº 81 para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana pelo combate ao trabalho escravo*. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 20. out. 2017.

LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do efêmero: a moda e seus destinos na sociedade moderna*. Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

LIPOVETSKY, Gilles. *A FELICIDADE PARADOXAL: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul* São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord). *Direitos do Consumidor Endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 194.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores Hipervulneráveis*. Atlas S.A., São Paulo, 2014.



RECEBIDO EM: 11/11/2017

APROVADO EM: 21/11/2017

# O SISTEMA PROTETIVO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA UNIÃO EUROPEIA

## *THE PROTECTIVE SYSTEM OF LABOR RELATIONS IN THE EUROPEAN UNION*

*Helena Kugel Lazzarin*

*Doutoranda e mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCRS. Professora Convidada no Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho - PUCRS.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 As Proteções Laborais na União Europeia; 1.1 A Proteção Contra Discriminação nas Relações de Trabalho; 1.2 Livre Circulação e Políticas de Emprego; 1.3 Proteção Social e Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho; 1.4 Igualdade de Gênero e Formação Profissional; 1.5 Direito à Informação, Consulta e Participação dos Trabalhadores; 1.6 Proteção às Minorias: Crianças e Adolescentes, Idosos e Pessoas Portadoras de Deficiência; 1.7 Direito Coletivo do Trabalho; 1.8 Proteção da Saúde e da Segurança no Meio Ambiente Laboral; 2 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** No Mercado Comum Europeu circulam bens, serviços e os fatores de produção, nos quais estão incluídas a mão-de-obra e a circulação de pessoas. Neste contexto, surge a necessidade de proteção dos trabalhadores, em face da inerente vulnerabilidade que os caracteriza. O objetivo deste trabalho é apresentar o sistema protetivo das relações de trabalho na União Europeia. A análise das principais proteções laborais é elucidada com base na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de modo integrado aos demais documentos e tratados internacionais que versam sobre o tema. Esses direitos dizem respeito à livre circulação, às políticas de emprego, à proteção social e melhoria das condições de vida e de trabalho, à não discriminação, ao direito coletivo do trabalho e à proteção da saúde e da segurança no meio ambiente laboral, entre outros. A pesquisa é de cunho bibliográfico e se justifica pela atualidade e relevância do tema, em face do irreversível fenômeno da globalização e integração dos mercados de trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Normas Protetivas. Trabalhadores. Relações Laborais. Mercado de Trabalho. União Europeia.

**ABSTRACT:** The European Common Market circulate goods, services and factors of production. In this context, the hand labor and movement of workers are a constant and demand protections given their inherent vulnerability. The objective of this paper is to present the protective system of labor relations in the European Union. Analysis of core labor protections is elucidated based on the Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers, in an integrated manner to other international documents and treaties that deal with the subject. These rights are related to freedom of movement, employment policies, social protection and improvement of living and working, non-discrimination, collective labor law and health and safety protection in the workplace means, among others. The research is bibliographical and is justified by the timeliness and relevance of the topic, given the irreversible phenomenon of globalization and integration of labor markets.

**KEYWORDS:** Protective Laws. Workers. Labor Relations. Job Market. European Union.

## **INTRODUÇÃO**

O trabalho digno é considerado um direito fundamental do homem. Na sociedade contemporânea, com o fenômeno da globalização e a integração dos mercados, com a transformação do processo produtivo e, conseqüentemente, do capitalismo, as relações trabalhistas estão em plena transformação.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o sistema protetivo das relações de trabalho na União Europeia. Para isso, serão analisados os documentos que regem de forma específica os direitos dos trabalhadores no âmbito da União Europeia. A análise das principais proteções laborais terá como base a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores – adotada em 1989 por todos os Estados-Membros, com exceção do Reino Unido –, de modo integrado aos demais documentos e tratados internacionais que versam sobre o tema, como, por exemplo, Convenções da Organização Internacional do Trabalho, entre outros.

Além das proteções estabelecidas nos tratados e demais documentos, a Carta foi elaborada com o objetivo de assegurar determinados direitos sociais nos Estados. Serão objeto específico de análise desta parte do trabalho os direitos previstos na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, que são direitos relativos ao mercado de trabalho, à livre circulação, às políticas de emprego, à proteção social e melhoria das condições de vida e de trabalho, à não discriminação, à igualdade de gênero, ao direito à informação, consulta e participação dos trabalhadores, à proteção às minorias, ao direito coletivo do trabalho e à proteção da saúde e da segurança no meio ambiente laboral.

### **1 AS PROTEÇÕES LABORAIS NA UNIÃO EUROPEIA**

O fenômeno da globalização e da integração dos mercados, com a lógica de competitividade econômica, tem gerado uma crescente desigualdade e exclusão social, em todo o mundo. “Exclusão social” é um conceito proposto pelos ideólogos de política social da Comissão da União Europeia e adotado pela Organização Internacional do Trabalho. O termo refere-se aos direitos sociais, a um determinado nível de vida básico e à participação nas oportunidades sociais e ocupacionais da sociedade. Castells define exclusão social como “o processo pelo qual determinados grupos e indivíduos são sistematicamente impedidos de aceder às posições que

lhes permitiriam uma existência autônoma dentro dos modelos sociais determinados por instituições e valores num dado contexto”.<sup>1</sup>

No Mercado Comum Europeu circulam bens, serviços e os fatores de produção, que são capitais e mão-de-obra. Assim, há uma preocupação em relação à proteção dos trabalhadores, pois em um mercado comum pressupõem-se a coordenação de políticas macro-econômicas, devendo todos os países-membros seguir os mesmos parâmetros. Nesta perspectiva, serão analisadas as principais proteções trabalhistas vigentes na União Europeia.

A consagração de algumas normas e de alguns princípios fundamentais em benefício dos trabalhadores, pelo Tratado de Roma (Tratado da Comunidade Econômica Europeia),<sup>2</sup> demonstra a instituição de normas de matérias sociais como medidas para viabilizar o desenvolvimento econômico da Comunidade. Do ponto de vista social, o desenvolvimento do Direito Comunitário foi progressivo e tardio, pois enfrentou dificuldades técnicas e econômicas, agravadas pelas diferentes tradições dos Estados-Membros – especialmente em relação à proteção dos trabalhadores, à intervenção sindical, ao limite de intervenção dos Estados e aos sistemas de segurança social.<sup>3</sup>

O Tratado de Maastricht (Tratado da União Europeia)<sup>4</sup> estabeleceu medidas e procedimentos importantes em matéria social, representando o marco inicial do surgimento de uma legislação comunitária social, que mais tarde, com as alterações do Tratado de Amsterdam<sup>5</sup>, consolidaria a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Garantias como a não discriminação, a livre circulação de trabalhadores, o reconhecimento de

---

1 CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. O Fim do Milênio. Tradução de Alexandra Figueiredo e Rita Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. v.3. p.85.

2 UNIÃO EUROPEIA. Tratado EURATOM. Versão Consolidada. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

3 ALMEIDA, Victor Hugo de. Meio Ambiente do Trabalho e Saúde do Trabalhador: A Experiência Comunitária Europeia como Paradigma. In: BELTRAN, Ari Possidonio. SCHINESTSCK, Clarissa Ribeiro. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 170-172.

4 UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Lisboa. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_establishing_a_constitution_for_europe/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

5 UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Amsterdam. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_of\\_amsterdam/treaty\\_of\\_amsterdam\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_of_amsterdam/treaty_of_amsterdam_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

diplomas e títulos, o sindicalismo no trato comunitário e a proteção contra despedidas coletivas foram recepcionadas pelo referido Tratado.<sup>6</sup>

A Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores<sup>7</sup> foi adotada em 1989 por todos os Estados-Membros, com exceção do Reino Unido. O Tratado de Maastricht<sup>8</sup> fez referência ao documento no título relativo à política social, atual artigo 151º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.<sup>9</sup> A referida Carta foi elaborada em um período no qual se verificava a necessidade de harmonização da legislação protetiva dos trabalhadores.<sup>10</sup>

Além das proteções estabelecidas nos Tratados, a Carta foi elaborada com o objetivo de assegurar determinados direitos sociais nos Estados. Esses direitos dizem respeito ao mercado de trabalho, à proteção social, à igualdade de oportunidade e à saúde e segurança no trabalho. Ainda, foram adotados pela Carta, vários programas de ação e propostas legislativas concretas.

Em relação ao tema, existem outros documentos – tratados e convenções – importantes. Destacam-se as Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT),<sup>11</sup> que trazem quatro princípios considerados fundamentais ao nível União Europeia: a abolição do trabalho forçado (Convenções nº 29 e 105); a vedação do trabalho

---

6 ALMEIDA, Victor Hugo de. Meio Ambiente do Trabalho e Saúde do Trabalhador: A Experiência Comunitária Europeia como Paradigma. In: BELTRAN, Ari Possidonio. SCHINESTSC, Clarissa Ribeiro. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 170-172.

7 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

8 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Lisboa*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_establishing_a_constitution_for_europe/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

9 UNIÃO EUROPEIA. *Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

10 ALMEIDA, Victor Hugo de. Meio Ambiente do Trabalho e Saúde do Trabalhador: A Experiência Comunitária Europeia como Paradigma. In: BELTRAN, Ari Possidonio. SCHINESTSC, Clarissa Ribeiro. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 170-172.

11 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenções*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/convenc%C3%A7%C3%B5es/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

infantil (Convenção nº 138); a igualdade de oportunidades; e a ausência de discriminação no emprego (Convenções nº 27 e 98).<sup>12</sup> O mesmo órgão, ainda, aprovou a Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho,<sup>13</sup> em 1988, na 86ª Conferência Internacional do Trabalho, enfatizando que o trabalho em qualquer lugar do mundo deve observar determinados direitos para que seja considerado digno.<sup>14</sup> A ação empreendida pela OIT, por meio da declaração sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho, traz uma nova exigência, assim, de que se mantenha a dignidade para todos os trabalhadores.<sup>15</sup>

As principais proteções laborais serão analisadas com base na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de modo integrado aos demais documentos e tratados internacionais.

### 1.1 A PROTEÇÃO CONTRA DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA UNIÃO EUROPEIA

No que tange à *ausência de discriminação no emprego*, tópico que merece especial destaque, as normas comunitárias de proteção contra a discriminação nas relações de trabalho têm suas origens nas normas internacionais de promoções das garantias à igualdade de tratamento e às oportunidades criadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). A Convenção nº 111, de 1958,<sup>16</sup> traz a seguinte definição de discriminação:

Art. 1 - 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que

12 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Trabalho. In: FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. *Direito do Trabalho e Direitos Humanos*. São Paulo: BH, 2006. p. 306.

13 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT*. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao\\_oit\\_547.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

14 SCHINESTSCK, Clarissa Ribeiro. A Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais e a Promoção do Trabalho Decente. In: BELTRAN, Ari Possidonio. SCHINESTSCK, Clarissa Ribeiro. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 59.

15 BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos Humanos dos Trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 212.

16 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 111*. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

A Convenção apresenta causas discriminatórias abertas, tais como igualdade de oportunidades, igualdade de tratamento, emprego e ocupação, que são elementos de discriminação. A referida Convenção, ainda, define a igualdade como direito vinculado à proibição da discriminação (nota-se, no seu artigo 1º, a conotação negativa ao termo).<sup>17</sup>

O Princípio da Igualdade no Direito Comunitário Europeu aparecia inicialmente por meio de manifestações fragmentárias, sobretudo quanto aos aspectos de nacionalidade. No entanto, desde os primeiros tratados é possível observar uma doutrina relativa à proteção do direito europeu quanto à discriminação: o Tratado de Roma,<sup>18</sup> de 1957, proibia toda e qualquer discriminação por razão de nacionalidade; o preâmbulo do Ato Único Europeu,<sup>19</sup> de 1986, dispõe que os Estados-Membros declaram-se decididos a promover conjuntamente a igualdade; e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>20</sup> afirma que, para garantir a igualdade de trato, é conveniente lutar contra as discriminações em todas as suas formas, em particular as baseadas em sexo, cor, raça, opiniões e crenças.

Além da discriminação direta resultante de uma norma ou de um ato do empregador, a jurisprudência da Comunidade Europeia tem

17 DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Proteção contra a Discriminação nas Relações de Trabalho na União Europeia. In: BELTRAN, Ari Possidonio. SCHINESTSK, Clarissa Ribeiro. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 67-68.

18 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado EURATOM*. Versão Consolidada. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

19 UNIÃO EUROPEIA. *Ato Único Europeu*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaties\\_establishing\\_the\\_european\\_communities\\_single\\_european\\_act/treaties\\_establishing\\_the\\_european\\_communities\\_single\\_european\\_act\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaties_establishing_the_european_communities_single_european_act/treaties_establishing_the_european_communities_single_european_act_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

20 UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

reconhecido a discriminação indireta quando uma disposição, um critério ou uma prática aparentemente neutra possam ocasionar uma desvantagem particular àquelas pessoas que possuem determinada religião ou convicção, incapacidade, idade ou orientação sexual – salvo quando tais práticas forem justificadas e suas finalidades sejam razoáveis, adequadas, proporcionais e necessárias.<sup>21</sup> No artigo nº 119 do Tratado de Roma<sup>22</sup> e na Diretiva 75/117/CEE,<sup>23</sup> pode ser verificada não só a proibição da discriminação direta, como da discriminação indireta, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

## 1.2 LIVRE CIRCULAÇÃO E POLÍTICAS DE EMPREGO

Desde a sua origem, a União Europeia conta com uma estrutura que possibilita e favorece a migração transnacional, principalmente a partir das previsões do Tratado de Roma, de 1957,<sup>24</sup> que estabeleceu a livre circulação de pessoas. Essas previsões são consideradas liberdades fundamentais, que garantem aos indivíduos tanto o direito à mobilidade quanto o direito de reclamar determinados benefícios no país hospedeiro.<sup>25</sup>

O Tratado, entretanto, não assegura a livre circulação a todas as pessoas. Fazem jus a esse direito os indivíduos que detêm a nacionalidade de um dos Estados-Membros e que são economicamente ativos – na forma de trabalhador ou de autônomo (artigos nº 39 e 43 do Tratado de Roma).<sup>26</sup>

---

21 DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Proteção contra a Discriminação nas Relações de Trabalho na União Europeia. In: BELTRAN, Ari Possidonio. SCHINESTSCCK, Clarissa Ribeiro. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 71-72.

22 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado EURATOM*. Versão Consolidada. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

23 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 75/117/CEE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31975L0117:es:HTML>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

24 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado EURATOM*. Versão Consolidada. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

25 BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Migração de Trabalhadores na União Europeia: Novas Perspectivas. In: BELTRAN, Ari Possidonio. SCHINESTSCCK, Clarissa Ribeiro. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 90.

26 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado EURATOM*. Versão Consolidada. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

O Tratado de Maastricht,<sup>27</sup> de 1992, introduziu pela primeira vez o conceito de *cidadania* na União Europeia; contudo, os direitos efetivamente convertidos aos cidadãos comunitários pelo Tratado eram escassos. Atualmente, a jurisprudência comunitária reconhece tanto aos trabalhadores migrantes quanto a seus familiares as vantagens do Estado hospedeiro e, dessa forma, amplia a previsão do Tratado, assegurando o direito à livre circulação àqueles que não são economicamente ativos.<sup>28</sup>

Ressalta-se que, apesar da existência desses direitos, a maior parte dos trabalhadores não desfruta dos mesmos por razões de diversidade social, cultural e lingüística. A partir da década de 60, em especial, a União Europeia adotou uma série de medidas que concediam direitos para trabalhadores e seus familiares, em uma tentativa de estimular a livre circulação. Destaca-se, sobre o tema, a Resolução nº 1.612, de 1968, que fazia a previsão do acesso ao trabalho em condições não discriminatórias, de condições igualitárias, e, ainda, de alguns direitos aos familiares. É possível afirmar, desse modo, que atualmente é necessário delinear a liberdade de circulação de pessoas na União Europeia, e, posteriormente, estudar e aplicar os elementos de conexão aplicáveis ao deslocamento de trabalhadores.<sup>29</sup>

A livre circulação dos trabalhadores está prevista nos artigos 1º a 3º da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores,<sup>30</sup> bem como no artigo 45º do Tratado da União Europeia.<sup>31</sup> É permitido aos trabalhadores da Comunidade Europeia exercer toda e qualquer atividade profissional, em todo território da Comunidade, sem nenhum prejuízo, à luz do Princípio da Igualdade.

---

27 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_on\\_european\\_union/treaty\\_on\\_european\\_union\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

28 BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Migração de Trabalhadores na União Europeia: Novas Perspectivas. In: BELTRAN, Ari Possidonio; SCHINESTSC, Clarissa Ribeiro; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2012. p. 91.

29 BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Migração de Trabalhadores na União Europeia: Novas Perspectivas. In: BELTRAN, Ari Possidonio; SCHINESTSC, Clarissa Ribeiro; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2012. p. 91-97.

30 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

31 UNIÃO EUROPEIA. *Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

O artigo 3º da Carta expressa de forma clara os principais objetivos do direito à livre circulação: a harmonização das condições de residência em todos os Estados-Membros; a supressão dos obstáculos resultantes do não reconhecimento de diplomas ou de qualificações profissionais equivalentes; e, por fim, a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores que residem próximo às fronteiras.

Todos os cidadãos da União Europeia têm direito, assim, à liberdade de escolha e de exercício de uma profissão. Com relação à remuneração, o artigo 5º da Carta Comunitária<sup>32</sup> afirma que esta deve ser justa e equitativa – ou seja, deve permitir ao trabalhador um nível de vida decente – e proíbe os salários como objeto de retenção, penhora ou cessão, a não ser em conformidade com disposições nacionais; se for o caso, tais disposições deverão prever medidas que garantam ao trabalhador a manutenção dos meios necessários para assegurar o seu sustento e o da sua família.

A Carta Comunitária,<sup>33</sup> ainda, traz uma proteção ao desempregado, no artigo 6º. Refere-se ao tema, implicitamente, quando garante a todas as pessoas o direito de se “*beneficiar gratuitamente dos serviços públicos de colocação*”.

É possível afirmar que não se verifica a generalização do trabalho precário na União Europeia; no entanto, o mercado de trabalho único mostra uma mudança estrutural no sentido de uma redefinição das relações de trabalho, na medida em que todos os países avançam para uma liberalização das relações de emprego, seja pela permissão das despedidas individuais e/ou coletivas, expansão do trabalho temporário ou pela combinação de ambas.<sup>34</sup>

### 1.3 PROTEÇÃO SOCIAL E MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA E DE TRABALHO

Um dos principais objetivos da concretização do mercado único é a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores

32 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

33 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

34 OLIVEIRA, Luísa; CARVALHO, Helena. A Precarização do Emprego na Europa. *Revista de Ciências Sociais*, v. 01, n. 03. Rio de Janeiro, 2008. p. 541 a 567.

na União Europeia.<sup>35</sup> A Carta Comunitária,<sup>36</sup> no seu artigo 7º, afirma que este processo de melhoria depende do progresso dessas condições, principalmente no que se refere à duração e organização do trabalho, e que esta melhoria deve implicar o desenvolvimento de certos aspectos da regulamentação do trabalho, em especial àqueles relacionados aos processos de dispensa coletiva ou às falências.

Com relação à dispensa coletiva de trabalho, é importante fazer a sua definição, bem como trazer as suas justificativas mais comuns, o que expressa de forma clara o artigo 359º do Código do Trabalho de Portugal:<sup>37</sup>

Artigo 359º. Noção de despedimento colectivo.

1 – Considera-se despedimento colectivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

2 – Para efeitos do disposto no número anterior consideram-se, nomeadamente:

- a) Motivos de mercado – redução da actividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, [...];
- b) Motivos estruturais – desequilíbrio económico-financeiro, mudança de actividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes;
- c) Motivos tecnológicos – alterações nas técnicas ou processos de fabrico, [...] bem como informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação.

---

35 BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário. Instituições do Direito Comunitário Comparado: União Europeia e MERCOSUL*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.582-583.

36 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroidc.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

37 PORTUGAL. *Código do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab\\_L1\\_007.html#L007S14](http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_L1_007.html#L007S14)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

A Carta Comunitária<sup>38</sup> também prevê, nos seus artigos 8º e 9º, o direito ao repouso semanal, às férias anuais pagas – cuja duração deve ser ajustada de acordo com as práticas nacionais – e a obrigatoriedade da definição das condições do trabalho na legislação, no contrato de trabalho, em uma convenção coletiva ou em outro documento, de acordo com as regras próprias de cada país.

Por fim, todos os trabalhadores que fazem parte da União Europeia têm direito a uma proteção social adequada e devem se beneficiar de prestações de segurança social de nível suficiente, não importa qual o seu *status* ou qual a dimensão da empresa empregadora. Essa previsão consta no artigo 10º da Carta Comunitária,<sup>39</sup> onde também é feita a ressalva de que a proteção social será dada de acordo com as regras próprias de cada país.

#### 1.4 IGUALDADE DE GÊNERO E FORMAÇÃO PROFISSIONAL

A igualdade de tratamento entre homens e mulheres constitui um dos princípios fundamentais do Direito Comunitário. Os objetivos da União Europeia em relação à igualdade de gênero consistem em, além de combater toda a discriminação fundada nesse sentido, assegurar a igualdade de oportunidades e de tratamento entre ambos os sexos.

A Convenção nº 100 da Organização Internacional do Trabalho,<sup>40</sup> de 1951, fez a previsão da igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e feminina, em caso de trabalho de igual valor.<sup>41</sup> No mesmo sentido, o Tratado de Roma,<sup>42</sup> de 1957, fez a previsão de que todos os Estados-Membros deveriam garantir a aplicação do princípio da igualdade de retribuição entre os trabalhadores femininos e masculinos para o mesmo

38 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

39 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

40 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 100*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/445>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

41 DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Proteção contra a Discriminação nas Relações de Trabalho na União Europeia. In: BELTRAN, Ari Possidonio. SCHINESTSCCK, Clarissa Ribeiro. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 67-68.

42 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado EURATOM. Versão Consolidada*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

trabalho (artigo nº 119). Foram elaboradas, ainda, diversas diretivas e um número importante de atos legislativos (resoluções e recomendações), além de programas sociais e mecanismos consultivos para igualdades de oportunidades.

Merecem destaque as Diretivas 75/117/CEE<sup>43</sup> e 76/207/CEE da União Europeia,<sup>44</sup> sobre a aplicação do princípio de igualdade de retribuição entre homens e mulheres, sob pena de aplicação de sanções efetivas pelo direito nacional. Contudo, as referidas sanções não foram concretizadas e por isso o Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>45</sup> estatuiu a obrigatoriedade dos órgãos jurisdicionais de interpretar e aplicar as disposições nacionais de forma a garantir uma sanção efetiva à discriminação com base no gênero. De acordo com o Tribunal, uma indenização meramente simbólica não seria suficiente para dar resposta à necessidade de transpor a Diretiva de uma forma eficaz.<sup>46</sup>

A Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores<sup>47</sup> faz menção à igualdade de gênero, no seu artigo 16º:

16. Deve ser garantida a igualdade de tratamento entre homens e mulheres. A igualdade de oportunidades entre homens e mulheres deve ser desenvolvida.

Para este efeito, devem intensificar-se, onde necessário, as ações destinadas a garantir a aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres, nomeadamente no acesso ao emprego, remuneração, protecção social, educação, formação profissional e evolução de carreiras.

Há igualmente que desenvolver medidas que permitam aos homens e às mulheres conciliar as suas obrigações profissionais e familiares.

43 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 75/117/CEE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31975L0117:es:HTML>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

44 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 76/207/CEE*. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%2076-207.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

45 UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da União Europeia*; Tribunal de Justiça. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

46 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do Direito da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011. p. 134-135.

47 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Quanto à formação profissional, todos os trabalhadores da Comunidade Europeia – homens e mulheres – devem ter acesso. A Carta Comunitária refere ainda, à discriminação em relação a nacionalidade: “Nas condições de acesso a essa formação não é admissível qualquer discriminação baseada na nacionalidade.”<sup>48</sup> É dever das autoridades públicas competentes, das empresas e dos parceiros sociais, cada um na esfera das suas competências, instituir meios de formação contínua e permanente, que permitam a qualquer pessoa reciclar-se, aperfeiçoar-se e adquirir novos conhecimentos.

### 1.5 DIREITO À INFORMAÇÃO, CONSULTA E PARTICIPAÇÃO DOS TRABALHADORES

A informação, a consulta e a participação dos trabalhadores, previstas nos artigos 17º e 18º da Carta Comunitária,<sup>49</sup> devem ser desenvolvidas de acordo com as regras adequadas e considerando as práticas dos diferentes Estados-Membros. Estes institutos devem ser acionados em tempo útil, em especial nos casos de introdução nas empresas de mudanças tecnológicas, que tenham consequências importantes para os trabalhadores no que se refere às condições e à organização do trabalho; reestruturações ou fusões de empresas que afetem o emprego dos trabalhadores; processos de dispensa coletiva (conforme visto anteriormente); e, aos trabalhadores, especialmente aqueles transnacionais, que forem afetados por políticas de emprego aplicadas pela empresa em que estiverem empregados.

As iniciativas comunitárias relativas à informação, à consulta e à participação dos trabalhadores são necessárias, pois verifica-se que tais iniciativas não são suficientes nas práticas nacionais e também são ausentes em termos de negociação coletiva.<sup>50</sup> Deste modo, a União Europeia dá apoio e complementa as atividades dos Estados-Membros relativas à participação dos trabalhadores, com o intuito de contribuir para um dos principais objetivos da política social europeia, estabelecidos no artigo 151º do Tratado

---

48 Artigo 15º da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017).

49 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

50 ROCCELLA, Massimo; TREU, Tiziano. *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*. 2. ed. Milão: CEDAM, 1995. p. 397.

sobre o Funcionamento da União Europeia,<sup>51</sup> que incluem a melhoria das condições de vida e de trabalho, uma proteção social adequada, elevados níveis de emprego duradouro e o combate à exclusão.

### **1.6 PROTEÇÃO ÀS MINORIAS: CRIANÇAS E ADOLESCENTES, IDOSOS E PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA**

A União Europeia prevê regras de proteção às crianças e aos adolescentes nos artigos 20º a 23º da Carta Comunitária.<sup>52</sup> Entre essas regras, destaca-se que “a idade mínima de admissão ao trabalho não deve ser inferior à idade em que cessa a escolaridade obrigatória, e nunca inferior a 15 anos”, salvo derrogações limitadas a certos trabalhos leves e regras que assegurem a inserção profissional dos jovens.

Os jovens integrantes da Comunidade Europeia têm direito a uma formação profissional inicial com duração que lhes permita adaptarem-se às exigências da sua futura vida profissional, no termo da escolaridade obrigatória. Os referidos dispositivos da Carta afirmam que as regras de direito do trabalho aplicáveis aos jovens trabalhadores devem ser adaptadas, a fim de que dêem respostas às exigências do desenvolvimento, às necessidades de formação profissional e ao acesso ao trabalho desses jovens. Da mesma forma que os trabalhadores de modo geral, ainda, os jovens têm o direito a uma remuneração equitativa, em conformidade com as normas nacionais.

Como forma de proteção aos adolescentes, a Carta proíbe o trabalho noturno para menores de dezoito anos – com exceção de alguns cargos, determinados pelas legislações ou pelas regulamentações nacionais –, bem como limita a duração do trabalho para os mesmos. Há proibição de que essa limitação de horas de trabalho possa ser contornada pelo recurso de horas extraordinárias.

---

51 UNIÃO EUROPEIA. *Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

52 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Em relação às pessoas idosas, a Carta Comunitária<sup>53</sup> expressa que, atingida a terceira idade, todos os trabalhadores da União Europeia poderão beneficiar-se dos recursos que lhe assegurem um nível de vida decente. O referido documento afirma, ainda, que todos os cidadãos integrantes da União Europeia que tenham atingido a terceira idade, mas que não tenham direito à pensão e que não disponham de outros meios de subsistência, poderão se “beneficiar de recursos suficientes e de uma assistência social e médica adaptada às suas necessidades específicas”. Em relação ao trabalho, especificamente, a Carta não faz considerações detalhadas.

As pessoas com deficiência, por sua vez, constituem cerca de 10% da população mundial (OMS) e a sua inserção, não só no mercado de trabalho, como nas demais esferas sociais, é tema de grande importância, que originou diversos documentos no âmbito internacional. Merece especial destaque a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,<sup>54</sup> ratificada pela maior parte dos países que compõe a União.

A Carta Social Europeia<sup>55</sup> dispõe, no artigo 15º, a ação positiva em favor da qualificação e inserção profissional dos deficientes físicos e mentais, trazendo, inclusive, medidas voltadas a estimular a contratação dos mesmos. A União Europeia contempla o tema sobre a inserção das pessoas portadoras de deficiência no artigo 26º da Carta Comunitária:<sup>56</sup>

26. Todas as pessoas deficientes, quaisquer que sejam a origem e a natureza da sua deficiência, devem poder beneficiar de medidas adicionais concretas tendentes a favorecer a sua integração profissional e social.

---

53 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

54 BRASIL. *A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Helena/Downloads/A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Defici%C3%A7%C3%A3o%20Comentada.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

55 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Social Europeia*. Disponível em: <<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Portuguese.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

56 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Estas medidas de melhoria devem nomeadamente aplicar-se à formação profissional, à ergonomia, à acessibilidade, à mobilidade, aos meios de transporte e à habitação, em função das capacidades dos interessados.

Ainda, a União Europeia propôs o chamado “European Action Plan”,<sup>57</sup> a respeito da defesa pela participação das pessoas com deficiência nas diferentes esferas sociais. As políticas da União, de modo geral, têm sido efetivas, porém existem algumas dificuldades, basicamente sobre a falta de provisão para reestruturar e implementar estratégias de emprego e, além disso, sobre a necessidade de se divulgarem informações atualizadas sobre as pessoas com deficiência e sua situação no mercado de trabalho. Pode-se afirmar que existe um processo em construção, uma vez que iniciativas nesse sentido vêm ocorrendo de modo mais incisivo a partir de 1996 – período em que houve a ruptura com as políticas de compensação social e econômica e a adoção de estratégias baseadas nos direitos das pessoas com deficiência.<sup>58</sup>

## 1.7 DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Na redação original do Tratado da Comunidade Econômica Europeia<sup>59</sup> foram instituídos alguns princípios e regras que representam, hoje, o ponto de partida para o desenvolvimento das matérias sociais em nível de Comunidade. Esses princípios e normas de cunho social, ainda que estabelecidos como suporte às questões econômicas, contribuíram para a evolução da vocação social das comunidades. Dentre esses princípios, estavam o direito sindical e a negociação coletiva, previstos no artigo nº 118 do referido Tratado. O Ato Único Europeu,<sup>60</sup> a Carta Comunitária

57 UNIÃO EUROPEIA. *European Action Plan*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/organic/eu-policy/european-action-plan/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/organic/eu-policy/european-action-plan/index_en.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

58 GOULART JÚNIOR, Edward; FERNANDES, José Munhoz; OLIVEIRA, Marileide Antunes de. *Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho: Considerações sobre Políticas Públicas nos Estados Unidos, União Europeia e Brasil*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-65382009000200004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-65382009000200004&script=sci_arttext)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

59 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado EURATOM. Versão Consolidada*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

60 UNIÃO EUROPEIA. *Ato Único Europeu*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaties\\_establishing\\_the\\_european\\_communities\\_single\\_european\\_act/treaties\\_establishing\\_the\\_european\\_communities\\_single\\_european\\_act\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaties_establishing_the_european_communities_single_european_act/treaties_establishing_the_european_communities_single_european_act_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores<sup>61</sup> e os Tratados de Maastricht,<sup>62</sup> de Amsterdã<sup>63</sup> e de Lisboa<sup>64</sup> denotaram essa evolução.

O Direito Comunitário Europeu garante a instituição de organizações de representação coletiva dos interesses dos trabalhadores no âmbito das empresas, diversas dos sindicatos. Além disso, estabelece um quadro normativo relativo aos direitos de informação e de consulta dos representantes dos trabalhadores, entre outras garantias. No entanto, a regulamentação da organização sindical permanece dentro da competência legislativa de cada Estado-Membro (a regulamentação do direito de associação sindical, por exemplo), permanecendo no âmbito da União Europeia apenas a representação institucional dos trabalhadores nas empresas. São exemplos: as Diretivas 97/74/CEE,<sup>65</sup> que instituiu os conselhos de empresas europeus; 2001/86/CEE,<sup>66</sup> que assegura a participação dos trabalhadores na sociedade anônima europeia por intermédio dos conselhos de trabalhadores; e 2003/72/CEE,<sup>67</sup> que assegura a participação dos trabalhadores na sociedade cooperativa europeia.

Existem dois objetivos principais que visam a promoção do referido diálogo social: a prática da consulta e o estabelecimento de relações coletivas e a celebração de convenções coletivas de trabalho no âmbito europeu – ambas previstas nos artigos nº 138 e 139, respectivamente, do Tratado da Comunidade Europeia.<sup>68</sup> Esse último objetivo incentiva o

---

61 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

62 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_on\\_european\\_union/treaty\\_on\\_european\\_union\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

63 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Amsterdã*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_of\\_amsterdam/treaty\\_of\\_amsterdam\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_of_amsterdam/treaty_of_amsterdam_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

64 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Lisboa*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_establishing_a_constitution_for_europe/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

65 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 97/74/CEE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32002L0014>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

66 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2001/86/CEE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001L0086>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

67 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2003/72/CEE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32003L0072>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

68 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_on\\_european\\_union/treaty\\_on\\_european\\_union\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

aperfeiçoamento de organizações sindicais de representação internacional, tanto dos trabalhadores, como das empresas.

A União Europeia garante, nos artigos 11º a 14º da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, a faculdade de associação às organizações profissionais ou sindicais da sua escolha, para a defesa dos seus interesses econômicos e sociais, “sem que tal lhes acarrete qualquer prejuízo pessoal ou profissional”<sup>69</sup>. Ainda, garante o direito aos colaboradores e às organizações de empregadores e de trabalhadores, de celebrarem acordos e convenções coletivas, nas condições previstas nas legislações e nas práticas nacionais. O direito à greve é mencionado no artigo 13º do referido documento: “o direito de recorrer a acções colectivas em caso de conflito de interesses inclui o direito de greve, sob reserva das obrigações decorrentes das regulamentações nacionais e das convenções colectivas [...]”.

No mesmo dispositivo consta que, a fim de facilitar a resolução dos conflitos de trabalho, pode-se instituir e utilizar os processos de conciliação, mediação e arbitragem. Neste caso, devem ser observadas as práticas nacionais e os níveis adequados destes procedimentos. Por fim, o artigo 14º dispõe que a ordem jurídica interna dos Estados-Membros deverá determinar em que condições e em que medida os direitos previstos nestes dispositivos serão aplicáveis às forças armadas, à polícia e à função pública.

## 1.8 PROTEÇÃO DA SAÚDE E DA SEGURANÇA NO MEIO AMBIENTE LABORAL

A União Europeia tem contribuído, através de diretivas e recomendações, para a questão social do Direito Comunitário, incluindo diversas medidas de segurança e saúde dos trabalhadores no meio ambiente de trabalho. Isso ocorre desde o Tratado da Comunidade Europeia<sup>70</sup>, que

69 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

70 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado EURATOM. Versão Consolidada*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

recepcionou, através do Ato Único Europeu,<sup>71</sup> em 1986, o artigo nº 118-A, que expressa:

1. Os Estados-membros empenham-se em promover a melhoria, nomeadamente, das condições de trabalho, para protegerem a segurança e a saúde dos trabalhadores, e estabelecem como objectivo a harmonização, no progresso, das condições existentes nesse domínio.

[...] 3. As disposições adoptadas nos termos do presente artigo não obstam à manutenção e ao estabelecimento, por cada Estado-membro, de medidas de protecção reforçada das condições de trabalho compatíveis com o presente Tratado.

Desse modo, com a instituição do Direito Social Comunitário, a tutela do meio ambiente do trabalho ganhou contornos importantes, especialmente em relação ao campo da segurança e saúde do trabalho, hoje prevista em diversos Tratados Constitutivos.<sup>72</sup>

Em relação ao tema, foram instituídas, assim, inúmeras diretivas para a efetivação do propósito do artigo nº 118-A, o que culminou, três anos mais tarde, na aprovação da Diretiva do Conselho 89/391/CEE, de 1989,<sup>73</sup> que dispôs sobre a aplicação de medidas para a promoção da melhoria da segurança dos trabalhadores no ambiente laboral. Diversas outras diretivas, de matérias específicas, derivaram da Diretiva 89/391/CEE,<sup>74</sup> considerada uma “Diretiva-Marco”.<sup>75</sup>

A Carta Comunitária refere brevemente o tema, garantindo que “todos os trabalhadores devem beneficiar de condições satisfatórias de

71 UNIÃO EUROPEIA. *Ato Único Europeu*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaties\\_establishing\\_the\\_european\\_communities\\_single\\_european\\_act/treaties\\_establishing\\_the\\_european\\_communities\\_single\\_european\\_act\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaties_establishing_the_european_communities_single_european_act/treaties_establishing_the_european_communities_single_european_act_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

72 ALMEIDA, Victor Hugo de. Meio Ambiente do Trabalho e Saúde do Trabalhador: A Experiência Comunitária Europeia como Paradigma. In: BELTRAN, Ari Possidonio. SCHINESTSCK, Clarissa Ribeiro. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 170-172.

73 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 89/391/CEE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31989L0391>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

74 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 89/391/CEE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31989L0391>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

75 BELTRAN, Ari Possidonio. *Os Impactos da Integração Econômica no Direito do Trabalho: globalização e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1998. p. 162.

proteção da saúde e da segurança no meio onde trabalham”<sup>76</sup>. Ainda, afirma que as medidas e disposições relativas à instauração do mercado único devem contribuir para esta proteção.

Em relação à saúde psicológica dos trabalhadores, embora não haja nenhuma diretiva que trate especificamente sobre o assunto, existem estudos realizados na União Europeia que apontam que 8% dos trabalhadores europeus (em torno de 12 milhões de trabalhadores) sofrem assédio moral no trabalho. Existem outros estudos em relação ao tema; acredita-se, por exemplo, que de 10 a 15% dos suicídios registrados na Suécia tenham sido motivados por comportamentos abusivos sofridos por esses trabalhadores.<sup>77</sup>

Embora o Direito Social Comunitário não tenha instituído medidas pontuais para o afastamento de agressões psicológicas no meio ambiente de trabalho, as preocupações e estudos já demonstram um avanço em comparação a outros modelos; de igual modo, as regras gerais em matéria de segurança e saúde no trabalho indicam uma abrangência satisfatória.<sup>78</sup>

## 2 CONCLUSÃO

No que tange à integração social e à integração econômica, a fase inicial de construção do mercado único e de elaboração dos primeiros tratados é, manifestamente, mais lenta e problemática. Do ponto de vista social, o desenvolvimento do Direito Comunitário foi progressivo e tardio, pois enfrentou dificuldades técnicas e econômicas, agravadas pelas diferentes tradições dos Estados-Membros. A consagração de algumas normas e de alguns princípios fundamentais em benefício dos trabalhadores, pelo Tratado de Roma, demonstrou a instituição de normas de matérias sociais como medidas para viabilizar o desenvolvimento econômico da Comunidade.

---

76 UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

77 NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. O Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 371, 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5433/o-assedio-moral-no-ambiente-do-trabalho>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

78 ALMEIDA, Victor Hugo de. Meio Ambiente do Trabalho e Saúde do Trabalhador: A Experiência Comunitária Europeia como Paradigma. In: BELTRAN, Ari Possidonio; SCHINESTSCK, Clarissa Ribeiro; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 176-177.

O Ato Único Europeu, de 1987, além de representar a integração econômica, marcou o início da construção da dimensão social da Comunidade. Nota-se que é formada, a partir deste momento, uma nova base para a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia. Atualmente, existe um grande número de documentos internacionais sobre a matéria de princípios e direitos fundamentais, dentre os quais merecem destaque a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, inserida pelo Tratado de Lisboa.

A Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, foi criada e adotada por todos os Estados-Membros, com exceção do Reino Unido. Observa-se que o documento rege, de forma específica, os direitos dos trabalhadores no âmbito da União Europeia. As principais proteções laborais, as quais a União Europeia preza, estão previstas na referida Carta, além de outros documentos e tratados internacionais que versam sobre o tema, como, por exemplo, nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho.

Com relação às proteções laborais, verifica-se que há uma valorização ao princípio da igualdade e da não discriminação nas relações de trabalho, pois estão previstas em diversos documentos, os quais expressam a necessidade de lutar contra as discriminações em todas as suas formas (direta e indireta), em particular as baseadas em sexo, cor, raça, opiniões e crenças. Ainda, no que diz respeito ao tema, nota-se que a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, com base nos dispositivos estudados, constitui um dos princípios fundamentais do Direito Comunitário, estando prevista na Carta e em uma série de outros documentos.

As previsões que estabelecem a livre circulação de pessoas encontram-se tanto na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, como em outros documentos e tratados, e são consideradas liberdades fundamentais, pois garantem aos indivíduos o direito à mobilidade, bem como o direito de reclamar determinados benefícios em qualquer país-membro.

Conclui-se que a União Europeia preza pela melhoria das condições de vida e de trabalho, bem como pela proteção social. Nesse sentido, são feitas previsões na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de repouso semanal, férias anuais remuneradas – cuja duração deve ser ajustada de acordo com as práticas nacionais – e a obrigatoriedade da definição das condições do trabalho na legislação, no

contrato de trabalho, em uma convenção coletiva ou em outro documento (também de acordo com as regras próprias de cada país).

A Carta Comunitária também prevê o direito à informação, consulta e participação dos trabalhadores; a proteção às minorias – crianças e adolescentes, idosos e pessoas portadoras de deficiência – e normas de direito coletivo do trabalho, que estimulam a prática da consulta, o estabelecimento de relações coletivas e a celebração de convenções coletivas de trabalho no âmbito europeu. Preocupa-se, ainda, a União Europeia, com a proteção da saúde e da segurança no meio ambiente laboral. A referida tutela do meio ambiente do trabalho ganhou contornos importantes, especialmente em relação ao campo da segurança e saúde do trabalho, hoje prevista em diversos Tratados Constitutivos.

Conclui-se, por fim, que tanto a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, têm o objetivo de estipular e reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica. Como principais direitos sociais, se consagraram a habitação, o trabalho, a segurança social, a greve, a proibição da escravidão e do trabalho forçado, o direito à liberdade profissional, o direito a condições de trabalho justas e equitativas e a proibição do trabalho infantil.

Desse modo, a União Europeia tem demonstrado uma adequada proteção aos trabalhadores, ressalta-se: do ponto de vista *formal*. O presente estudo foi baseado na legislação escrita. Na prática, milhares de pessoas, de trabalhadores, não exercem seus direitos, e, infelizmente, ainda existem pessoas em condições degradantes em todo o planeta. Contudo, a criação de leis, a norma escrita, é necessária para a efetivação dos direitos fundamentais desses trabalhadores – vale dizer, a criação da lei é necessária para incentivar as práticas, principalmente em benefício daqueles mais vulneráveis. O objetivo é que, em longo prazo, a prática tenha se tornado habitual.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Victor Hugo de. Meio Ambiente do Trabalho e Saúde do Trabalhador: A Experiência Comunitária Europeia como Paradigma. In: BELTRAN, Ari Possidonio; SCHINESTOCK, Clarissa Ribeiro; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos Humanos dos Trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BELTRAN, Ari Possidonio. *Os Impactos da Integração Econômica no Direito do Trabalho: globalização e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1998.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do Direito da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário. Instituições do Direito Comunitário Comparado: União Europeia e MERCOSUL*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Migração de Trabalhadores na União Europeia: Novas Perspectivas. In: BELTRAN, Ari Possidonio; SCHINESTSC, Clarissa Ribeiro; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. *A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Disponível em: <file:///C:/Users/Helena/Downloads/A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Defici%C3%Aancia%20Comentada.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. O Fim do Milênio*. Tradução de Alexandra Figueiredo e Rita Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Proteção contra a Discriminação nas Relações de Trabalho na União Europeia. In: BELTRAN, Ari Possidonio; SCHINESTSC, Clarissa Ribeiro; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

GOULART JÚNIOR, Edward; FERNANDES, José Munhoz; OLIVEIRA, Marileide Antunes de. *Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho: Considerações sobre Políticas Públicas nos Estados Unidos, União Europeia e Brasil*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-65382009000200004&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-65382009000200004&script=sci_arttext)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. O Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 371, 2004. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/5433/o-assedio-moral-no-ambiente-do-trabalho>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

OLIVEIRA, Luísa; CARVALHO, Helena. A Precarização do Emprego na Europa. In: *Revista de Ciências Sociais*, v. 01, n. 03. Rio de Janeiro, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 100*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/445>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 111*. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenções*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/conven%C3%A7%C3%B5es/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT*. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao\\_oit\\_547.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Trabalho. In: FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. *Direito do Trabalho e Direitos Humanos*. São Paulo: BH, 2006.

PORTUGAL. *Código do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab\\_L1\\_007.html#L007S14](http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_L1_007.html#L007S14)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

ROCCELLA, Massimo. TREU, Tiziano. *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*. 2. ed. Milão: CEDAM, 1995.

SCHINESTSCCK, Clarissa Ribeiro. A Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais e a Promoção do Trabalho Decente. In: BELTRAN, Ari Possidonio; SCHINESTSCCK, Clarissa Ribeiro; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *União Europeia e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. *Ato Único Europeu*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaties\\_establishing\\_the\\_european\\_communities\\_single\\_european\\_act/treaties\\_establishing\\_the\\_european\\_communities\\_single\\_european\\_act\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaties_establishing_the_european_communities_single_european_act/treaties_establishing_the_european_communities_single_european_act_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*. Disponível em: <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000043001-000044000/000043646.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta Social Europeia*. Disponível em: <<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Portuguese.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2001/86/CEE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001L0086>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2003/72/CEE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32003L0072>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 75/117/CEE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31975L0117:es:HTML>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 76/207/CEE*. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%2076-207.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 89/391/CEE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31989L0391>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 97/74/CEE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32002L0014>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *European Action Plan*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/agriculture/organic/eu-policy/european-action-plan/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/organic/eu-policy/european-action-plan/index_en.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1992:191:FULL&from=EN>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Amsterdam*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_of\\_amsterdam/treaty\\_of\\_amsterdam\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_of_amsterdam/treaty_of_amsterdam_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Lisboa*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_establishing_a_constitution_for_europe/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado EURATOM. Versão Consolidada*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community/consolidated\\_version\\_of\\_the\\_treaty\\_establishing\\_the\\_european\\_atomic\\_energy\\_community\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da União Europeia: Tribunal de Justiça*. Disponível em: <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7024/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012\\_pt.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2017.



RECEBIDO EM: 14/05/2018

APROVADO EM: 20/09/2018

**OS PLEITOS PELA ZEIS E PELO  
TOMBAMENTO DA VILA VICENTINA, EM  
FORTALEZA-CE: SATISFAÇÃO DO DIREITO  
À CIDADE**

***THE DEMANDS FOR THE SPECIAL AREA OF SOCIAL  
INTEREST ("ZEIS" IN PORTUGUESE) AND FOR  
THE RECOGNITION AS HISTORICAL SITE OF VILA  
VICENTINA, IN FORTALEZA-CE: SATISFACTION OF THE  
RIGHT TO THE CITY***

*Humberto Cardoso Pinto*

*Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)  
Especialista em Direito Internacional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)  
Advogado*

*Antonio Jorge Pereira Júnior*

*Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo -  
Largo de São Francisco (USP). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo - Largo de São Francisco (USP). Professor Adjunto do  
Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de  
Fortaleza (PPGD/UNIFOR). Professor da Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu  
em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Definição e Natureza do Direito à Cidade; 2 O Direito à Cidade é Direito Subjetivo?; 3 Dois Exemplos de Pleitos Passíveis de Concretizar O Direito à Cidade em Fortaleza; 3.1 Do Direito à Moradia Digna; 3.2 O Pleito pelo Reconhecimento da Zeis da Vila Vicentina; 3.3 O Pleito pelo Tombamento da Vila Vicentina; 4 Considerações Finais; Referências

**RESUMO:** O direito à cidade é direito fundamental constituído por outros direitos e relaciona-se com o direito à moradia, sendo meio para consecução deste, enquanto este, em sentido reflexo, é necessário para a obtenção daquele. No contexto ora tratado, os pleitos pelo reconhecimento da Vila Vicentina como Zona Especial de Interesse Social (ZEIS) e por seu tombamento, em Fortaleza, constituem-se em meios para satisfação do direito à moradia e, por conseguinte, à cidade. A problemática se refere à indagação se o reconhecimento da Vila Vicentina como integrante de ZEIS ou seu tombamento são meios para a satisfação do direito à cidade de seus residentes, e o objetivo geral é analisar se a satisfação do pleito do reconhecimento da Vila Vicentina como ZEIS ou de seu tombamento podem configurar meios hábeis para a satisfação do direito à cidade de seus residentes. A pesquisa é bibliográfica e documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à cidade. Direito à Moradia. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Zona Especial de Interesse Social. Vila Vicentina.

**ABSTRACT:** The right to the city is a fundamental right constituted by other rights and relates with the right to housing, because it figures as a way to the accomplishment of this one, while this one, reflexively, is necessary to the accomplishment of that one. In this context, the demands for the recognizing of Vila Vicentina as a Special Area of Social Interest (“ZEIS” in Portuguese) and as a historical site, in Fortaleza, become ways for satisfaction of the right to housing and, therefore, the right to the city. The problem is referred to the questioning if the recognition of Vila Vicentina as a part of ZEIS or as a historical site are ways for the satisfaction of the right to the city of its residents, the main objective is to analyze if the satisfaction of the demand of recognition of Vila Vicentina as ZEIS as a historical site may constitute ways for the satisfaction of the right to the city of its residents. The research is bibliographical and documental.

**KEYWORDS:** Right to the City. Right to Housing. Principle of Human Dignity. Special Area of Social Interest. Vila Vicentina.

## INTRODUÇÃO

O direito fundamental à cidade, embora não previsto expressamente na Constituição Federal (CF), deve ser garantido como instrumento de busca da equidade do meio urbano, para que ele seja acessível à totalidade de seus residentes, evitando a segregação urbana, permitindo uma vida digna a todos.

Nesse contexto, é importante tratar da definição de direito à cidade e demonstrar, por meio de exemplos, a possibilidade de sua concretização. Mostra-se a relevância da análise de dois casos ocorridos na cidade de Fortaleza, Ceará, referentes à mesma área, quais sejam, os pleitos do reconhecimento da Vila Vicentina como pertencente a uma Zona Especial de Interesse Social (ZEIS) e do tombamento do mesmo local. Ambos têm relação com a busca pela salvaguarda do direito à moradia dos residentes nas casas da Vila Vicentina.

A proteção do direito à moradia e, por via reflexa, do direito à cidade, dos residentes na Vila Vicentina pode constituir-se em instrumento para proteção de princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, entre os quais o da redução das desigualdades sociais e o da justiça social.

A problemática a ser respondida é: o reconhecimento da Vila Vicentina como integrante de ZEIS ou seu tombamento são meios para a satisfação do direito à cidade de seus residentes? Quanto ao objetivo geral, trata-se de analisar se o reconhecimento da Vila Vicentina como ZEIS ou seu tombamento podem configurar meios hábeis para a satisfação do direito à cidade de seus residentes. Os objetivos específicos são: definir direito à cidade; analisar a relação entre direito à cidade e direito à moradia; analisar os aspectos do pleito de reconhecimento da Vila Vicentina como área de ZEIS, à luz do Plano Diretor Participativo de Fortaleza, e expressar os aspectos do pleito de tombamento de Vila Vicentina e seus impactos sobre o direito à cidade e sobre o direito à propriedade.

A pesquisa é bibliográfica, pois baseada no exposto em livros e artigos, e documental, devido à utilização, como fontes, de legislação e de documentos originários de órgãos públicos municipais (GIL, 2002, p. 44-45) não sujeitos a tratamento analítico, tendo, como meio, a análise dos dois casos mencionados.

O artigo estrutura-se da seguinte forma: primeiramente, define o direito à cidade, expressando sua natureza; depois, analisa se o direito

à cidade é direito subjetivo, ou seja, se comporta exigência de sua satisfação imediata pelo Poder Público; enfim, abordam-se as duas situações práticas observadas em Fortaleza, discorrendo sobre as possibilidades de serem satisfeitas as demandas e acerca de como a solução positiva pode contribuir para satisfação dos direitos à moradia e à cidade dos residentes na Vila Vicentina.

## 1 DEFINIÇÃO E NATUREZA DO DIREITO À CIDADE

A definição clássica de direito à cidade, por Henri Lefebvre, é relevante para que se observe o delineamento das razões e características precípuas da conceituação do objeto. Entretanto, antes da busca por essa definição clássica, deve-se abordar o entendimento autoral que ofereceu o substrato para esse fim.

No entendimento de Henri Lefebvre, a ciência da cidade tende a realizar análise do objeto a partir de uma conotação histórica, e esta, por sua vez, limita a compreensão do próprio objeto de estudo, o qual não se mostra acabado, mas é virtual, em face mesmo de sua dinâmica, de seu caráter mutável. As transformações ocorridas no interior da cidade seguem a busca da satisfação dos interesses e das demandas sociais (LEFEBVRE, 2008, p. 105-107).

Um projeto de reforma urbana, seguindo-se Lefebvre, não só expõe questões referentes às estruturas da sociedade já existente, mas tem como propósito expor as estruturas que se buscam impor, por via coatora e institucional, sobre a realidade urbana. A estratégia de renovação urbana, naturalmente reformista e obrigatoriamente revolucionária, demanda ação e presença da classe operária, à qual cabe, na atividade reformista, subverter a ordem segregacionista que contra ela se dirige. Dessa forma, o direito à cidade é o direito à transformada e renovada vida urbana (LEFEBVRE, 2008, p. 113-118).

Extraem-se características inerentes à conceituação do direito à cidade de Lefebvre, quais sejam: a participação necessária dos diversos estratos sociais, disso decorrente a necessidade de participação da classe operária, na atividade de reforma urbana, na busca da obtenção de um meio urbano mais equânime, e a virtualidade constante do cenário urbano, como importante requisito para perfazimento do direito à cidade, uma vez que a disposição do meio cidadão deve satisfazer os desígnios sociais mutáveis.

Dessa forma, o conceito construído por Henri Lefebvre retrata que o direito à cidade deve ser obtido por todos os agentes urbanos,

mediante combate à segregação socioespacial, devendo-se garantir a todos o aproveitamento integral da vida urbana, com acesso ao fornecimento de serviços públicos essenciais, como fornecimento de água e serviço de esgotamento sanitário, cuja observância constitui o mínimo para garantia da dignidade, e vantagens decorrentes do processo de urbanização. Engloba os direitos à moradia digna e à participação direta e democrática na gestão urbana, e isso só ocorre quando do reconhecimento total dos valores de uso, os quais devem substituir os valores de troca (FERNANDES, 2007, p. 208).

O direito à cidade é tema de crescente relevância internacional. Adveio, então, a Carta Mundial pelo Direito à Cidade (*World Charter for the Right to the City*), elaborada com a participação da ONG brasileira FASE e outras ONGs e movimentos sociais urbanos (FERNANDES, 2007, p. 216). Foi discutida e ampliada em 2004, no Fórum Social das Américas, em Quito, e no Fórum Urbano Mundial, em 2005, em Barcelona. O artigo I, inciso 2, do documento, define o direito à cidade como o usufruto equitativo das cidades, baseado nos princípios da justiça social, da democracia, da equidade e da sustentabilidade. É, pois, direito coletivo dos habitantes urbanos, especialmente dos grupos vulneráveis e marginalizados, grupos aos quais se nega o gozo do direito à cidade por motivos sociais, econômicos ou de iniquidades advindas da urbanização, que lhes confere legitimidade de organização e de ação, com o devido respeito a seus usos e costumes, que lhes possibilitam o exercício da autodeterminação e o alcance de padrão de vida adequado, condigno (WORLD SOCIAL FORUM, 2005).

Conforme o dispositivo abordado acima, o direito à cidade inclui, dentre outros, os direitos: de trabalhar em condições satisfatórias e equitativas; à saúde pública; à água potável; ao transporte público; à energia; aos variados serviços sociais; ao abrigo adequado; à educação pública de qualidade; à participação política; à cultura; à participação no planejamento e na gestão urbana, e de respeito às diferenças das minorias (WORLD SOCIAL FORUM, 2005).

É relevante trazer à baila que, para consecução do direito à cidade, há necessidade de presença dos princípios da equidade e da justiça social, porquanto não se há de entender pela obtenção do direito à cidade se a cidade não se mostrar equânime e socialmente justa. Os princípios da equidade e da justiça social, por seu lado, são princípios fundamentais, de forma mais precisa, objetivos fundamentais federativos previstos na CF. Nela, o artigo 3º, incisos I e III, no âmbito do Título I – “Dos Princípios Fundamentais”, estabelece, como objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade

justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, além da minoração das desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, a definição de direito à cidade ofertada pela Carta Mundial pelo Direito à Cidade condiz com a elaborada por Henri Lefebvre, por dizer respeito aos direitos obtidos pela totalidade dos agentes urbanos quanto ao gozo dos benefícios citadinos, da pluralidade cultural e da diversidade social, das vantagens econômicas e oportunidades da vida urbana, além da garantia à participação ativa no processo de gestão urbana. O conceito é abrangente e engloba a noção da função socioambiental da propriedade e da cidade, e a cidadania, nesse contexto, tem, em seu íterim, a necessidade de garantir a efetiva participação do povo no planejamento, no processo decisório e na gestão do meio urbano (FERNANDES, 2007, p. 217).

As funções socioambientais (ou sociais) da cidade são fins resultantes do cumprimento necessário das diretrizes da política urbana previstas na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), em seu artigo 2º, como delineado no §1º do artigo 3º do Plano Diretor Participativo de Fortaleza (FORTALEZA, 2009), que buscam o perfazimento de um ambiente urbano mais justo e sustentável.

A propósito da democratização da gestão urbana, mediante mecanismos que possibilitem a participação popular, relaciona-se ao exercício do poder pelo povo, o qual está subscrito, na CF, em seu parágrafo único do artigo 1º, que prevê, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a possibilidade do exercício de poder pelo povo, do qual esse poder emana, uma vez que ao povo é assegurado seu exercício direto ou mediante os representantes eleitos (BRASIL, 1988). O povo exerce, pelo direito de gestão urbana, controle social, de modo a buscar a conformação da gestão urbana cidadina ao disposto no planejamento urbano, além de ser agente influenciador no âmbito legislativo, mediante sua representação, para garantir uma cidade mais justa, igualitária.

Quanto à natureza do direito à cidade, as posições doutrinárias divergem. Por um lado, há doutrina que não o percebe como direito humano, por falta de previsão em tratados internacionais, nem como direito social específico, por dizer respeito a uma plêiade de direitos sociais (MASTRODI; ISAAC, 2016, p. 730). Por outro lado, há os que percebem o direito à cidade como direito social que denota obrigação estatal positiva e cujo fim é a garantia da segurança material e do bem-estar coletivo no meio urbano (TRINDADE, 2012, p. 155-156). Há, ainda, os que veem o direito à cidade como o direito de mudar e reinventar o ambiente citadino

conforme os desígnios humanos, o que condiz com a doutrina de Lefebvre. Segundo essa ideia, o direito ao fazimento e perfazimento da cidade é direito humano, de natureza mais coletiva que individual (HARVEY, 2014, p. 28).

Havendo a evidência da busca por uma reforma urbana no seio da CF, a qual positivou a política urbana, no Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira”, traçaram-se os parâmetros constitutivos do que se deve compreender como cidade sustentável, por intermédio de seu fim social, o bem-estar dos habitantes. O direito à cidade passa a ser tomado como representativo de nova dimensão dos direitos sociais coletivos (PORTO, 2012, p. 137).

O direito à cidade é formado por direitos que resguardam, em último caso, a dignidade da pessoa humana, que, segundo artigo 1º, inciso III, da CF, é princípio e fundamento do Estado Democrático de Direito. Não obstante o direito à cidade não se encontrar expresso entre os direitos fundamentais no âmbito da CF, seu §2º do artigo 5º, verdadeira cláusula de abertura constitucional, serve de guarida para a concepção do direito à cidade como direito fundamental, por dispor A referida cláusula de abertura dispõe que os direitos e garantias expressamente previstos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, ou dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil (BRASIL, 1988).

O Constituinte brasileiro demonstrou sua intenção de conceder aos princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, o caráter de normas que embasam toda a ordem constitucional, especialmente as normas referentes aos direitos e garantias fundamentais. Não foi por outro motivo que dispôs o princípio da dignidade da pessoa humana no título constitucional referente aos princípios fundamentais, logo após o preâmbulo da CF e antes das disposições sobre direitos fundamentais. Isso posto, os princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, formam, com as normas de direitos e garantias fundamentais, o núcleo essencial da CF. O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento dos direitos fundamentais, origina direitos fundamentais autônomos (SARLET, 2009a, p. 69-77), como o direito à cidade.

O direito à cidade, por conseguinte, é a conjunção de direitos sociais e fundamentais, garantidores do adequado acesso à cidade e do amplo gozo aos benefícios provenientes da urbanização, especialmente o acesso aos serviços públicos essenciais, bem como da democratização da gestão urbana, e que consagram o direito à moradia e à vivência urbana dignas para a coletividade dos habitantes urbanos.

## 2 O DIREITO À CIDADE É DIREITO SUBJETIVO?

Como o direito à cidade é formado por um conjunto de direitos sociais e fundamentais, é mister que se trate sobre a existência ou inexistência da possibilidade de reivindicar sua satisfação, como direito subjetivo, por atividade prestacional do Estado. Dado questionamento é cabível, em especial, em face do disposto no §1º do artigo 5º da CF (BRASIL, 1988), o qual ressalta que as normas de direitos e garantias fundamentais gozam de imediata aplicação.

Conforme exposto anteriormente, o direito à cidade é formado por direitos fundamentais e sociais. Quanto aos direitos sociais expressos na parte inicial da CF, estão situados no Capítulo II do Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no artigo 6º. A cláusula que determina a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, por sua vez, está situada no §1º do artigo 5º. Devido a este fato, a melhor técnica legislativa conduziria à conclusão de que referido dispositivo se aplicaria somente ao disposto no artigo 5º, em seus incisos e parágrafos, ou seja, ao expresso no Capítulo I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” do mesmo Título II onde situado o Capítulo II, referente aos direitos sociais (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido da lógica prevalecente da aplicação da melhor técnica legislativa, tratada acima, há doutrina que afirma que os direitos sociais, como o direito à moradia, integrante do direito à cidade, têm sua concretização dependente da atuação efetiva do Estado, mas não gozam de liquidez nem certeza por parte do cidadão, e, nesse contexto, não são direitos subjetivos, pois dependentes de previsão orçamentária e, por conseguinte, de autorização legislativa, nas leis orçamentárias (MASTRODI; CONCEIÇÃO, 2016, p. 1.482).

No sentido contrário, há o entendimento segundo o qual uma incursão na interpretação literal do dispositivo constitucional é suficiente para afastar a tese de que o dispositivo em liça só se aplica aos direitos individuais e coletivos, do Capítulo I do Título II do ordenamento constitucional. Por essa compreensão, a aplicação imediata dá-se para todos os direitos e garantias fundamentais. O mesmo resultado seria obtido pelas interpretações sistemática e teleológica, as quais conduziriam à exegese de que o Constituinte brasileiro não teve intenção de excluir do referido parágrafo os direitos sociais, de nacionalidade e políticos, elencados nos Capítulos II, III e IV, respectivamente, do mesmo Título II. Todos eles são espécies do gênero direitos e garantias fundamentais.

Seguindo-se essa interpretação, na CF não há distinção expressa, quanto à aplicabilidade, entre os direitos de liberdade, consagrados sobretudo no artigo 5º, e os direitos sociais, estabelecidos especialmente do artigo 6º ao 9º (SARLET, 2009b, p. 262-263).

Pela simples leitura do texto do §1º do artigo 5º é possível compreender que o Constituinte desejou dotar de aplicação imediata todas as normas de direitos e garantias fundamentais. A despeito da intenção de os direitos sociais terem aplicação imediata, na prática, não ocorre dessa forma. Eles não constituem direito subjetivo, e, portanto, não se há de falar em obrigatória satisfação imediata pela atividade prestacional do Estado. Como o direito à cidade é integrado por vários direitos sociais, não é direito subjetivo.

Por outro lado, decerto que, entre as características dos direitos fundamentais em geral, está a de serem normas de otimização, por deterem também natureza principiológica. Nesse diapasão, requerem a solução que enseja a melhor satisfação desses direitos, nos casos concretos. Não se pode olvidar que a esses direitos é assegurada função dignificadora, ou seja, eles têm por escopo a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (LOPES, 2001, p. 37).

Complementando a lição trazida acima, nota-se que, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, o Estado Constitucional de Direito passou a prevalecer sobre o Estado Legislativo de Direito. Maior relevância foi concedida aos dispositivos constitucionais, com previsão de proibições e obrigações ao Poder Público, e maior força ganharam os princípios e direitos fundamentais, possuidores de papel contramajoritário, e, assim, impondo-se até às maiorias (FERRAJOLI, 2006, p. 114).

O garantismo, nesse cenário, apresenta técnicas que buscam a maximização da efetividade dos direitos previstos na Constituição. Isso posto, o paradigma da democracia constitucional apresenta três sentidos: a garantia dos direitos constitucionais; a sobreposição desse fenômeno a todos os poderes, públicos ou privados, e, ademais, em todos os níveis, interno e internacional (FERRAJOLI, 2006, p. 115).

Segundo essa compreensão, apesar de os direitos sociais não conformarem a imediata obrigação estatal de fazer frente às demandas sociais pela prestação do direito, uma vez que dependem, muitas vezes, de dotação orçamentária, ou mesmo de legislação regulamentar, é cabível a demanda pela otimização desses direitos, mediante aplicações que denotam a maior eficácia e efetividade possível, em cada caso concreto.

### 3 DOIS EXEMPLOS DE PLEITOS PASSÍVEIS DE CONCRETIZAR O DIREITO À CIDADE EM FORTALEZA

Recorre-se, por ora, a exemplos de duas situações, referentes a dois pleitos passíveis de garantirem a persecução ao direito à cidade. São eles: os pleitos pelo reconhecimento como integrante de área de ZEIS e pelo tombamento, ambos relacionados à Vila Vicentina, em Fortaleza, Ceará.

#### 3.1 DO DIREITO À MORADIA DIGNA

Antes de abordar diretamente o delineamento do pleito da ZEIS da Vila Vicentina, é necessário que se trate do contorno do direito à moradia digna, o qual integra o direito à cidade, e é condição necessária para que se alcance efetividade deste, enquanto a satisfação deste é imperativa para que se tenha moradia digna.

O direito à moradia está previsto no artigo 6º da CF entre os direitos sociais e, portanto, é direito fundamental, incluso no Capítulo II do Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (BRASIL, 1988). O direito humano e fundamental à moradia é indissociável do princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, trata do acesso à moradia digna. As características dessa moradia estão estabelecidas no ordenamento internacional, especificamente na Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos e Agenda Habitat (STEFANIAK, 2010, p. 240).

A Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos (*Istanbul Declaration on Human Settlements*) foi produzida no âmbito da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, ou Habitat II, realizada em Istambul, na Turquia, em junho de 1996. Seu item 1 estabelece o compromisso dos Chefes de Estado presentes ao evento com seus objetivos, princípios e recomendações, estabelecidos na Agenda Habitat (UNITED NATIONS, 1996).

A Agenda Habitat, em seu Capítulo III, que aborda os compromissos estatais, em seu item A, sobre o compromisso da concessão de abrigo adequado a todos, em seu §39, acerca do assentamento adequado, ratifica o compromisso dos Estados Membros em realizar, de maneira progressiva e completa, o direito à moradia adequada. Retrata a obrigação governamental de possibilitar a obtenção de abrigo pelo povo, bem como a melhoria e a proteção de suas habitações e vizinhanças. Aborda-se, como compromisso estatal, a busca da melhoria de condições de habitação e trabalho, em bases equitativas e sustentáveis. O abrigo deve ser saudável, seguro, protegido,

acessível e seu custeio não pode ser meio impeditivo de acesso a ele, além de contar com fornecimento de serviços básicos e segurança na posse (UNITED NATIONS, 1996).

Já o direito humano e fundamental à moradia é definido na Carta Mundial pelo Direito à Cidade (STEFANIAK, 2010, p. 246-247), que, em seu artigo XIV, dispõe que o esse direito abrange, dentre vários pontos: a adoção de medidas, pelas cidades, para garantir a acessibilidade em relação às despesas com moradia; a moradia em condições de vida e localização adequadas; a adequação da moradia às características étnico-culturais do grupo social em análise; acesso às facilidades urbanas; atuação estatal na promoção de melhorias em vizinhanças precárias e nos assentamentos informais; segurança na posse da moradia, e reconhecimento, como interlocutores, de movimentos e organizações sociais defensores do direito à moradia (WORLD SOCIAL FORUM, 2005).

Para que a moradia cidadina seja considerada adequada e digna, deve ser integrada à cidade. As moradias urbanas adequadas existem quando sua posse se mostra segura e há “disponibilidade de serviços e infraestrutura, economicidade, habitabilidade, acessibilidade, localização e adequação cultural” (MASTRODI; CONCEIÇÃO, 2016, p. 1.475). Acessibilidade, nesse contexto, refere-se à integração da moradia ao entorno urbano, mais precisamente a seus equipamentos, também mediante fornecimento de serviços de transporte.

Conclui-se que o direito à moradia digna, em ambiente urbano, não é somente aspecto integrante do direito à cidade, mas há relação reflexiva entre ambos os direitos. O direito à moradia digna só é cumprido, em meio cidadão, quando garantido o direito à cidade, o qual se conforma não somente a partir do fornecimento de serviços públicos essenciais, mas quando permitido o acesso ao trabalho e ao lazer, à manutenção das relações sociais dos diversos grupos, e, igualmente, com a salvaguarda da participação social na gestão urbana e na possibilidade consequente de promoção de reforma urbana para garantia das melhorias de condições de vida a todos os habitantes urbanos.

### **3.2 O PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA ZEIS DA VILA VICENTINA**

O instrumento legislativo adequado para análise inicial das questões referentes à ZEIS da Vila Vicentina é o Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza (Lei Complementar nº 062/2009). Isso se dá porque a CF, em seu artigo 182, §1º, estabelece que, no caso de cidades

que detenham mais de vinte mil habitantes, o plano diretor aprovado pela Câmara Municipal é instrumento obrigatório que se constitui em basilar para delineamento da política de desenvolvimento urbano (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), segundo seu preâmbulo, “estabelece diretrizes gerais da política urbana” e regulamenta os dois artigos constitucionais sobre a temática (artigos 182 e 183). Estabelece, igualmente, dentre os instrumentos da política urbana, em seu artigo 4º, inciso III, alínea “a”, o planejamento municipal, no qual está inserido o plano diretor (BRASIL, 2001). O Plano Diretor é, assim, o meio legislativo adequado para delineamento das condições necessárias para estabelecimento das ZEIS em uma cidade.

O Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza, no inciso I do §6º do artigo 3º, atribui ao Município a obrigação de providenciar mecanismos para a redução da desigualdade social, pelo uso de legislações, políticas públicas e programas específicos com o fim, dentre outros, de garantir condições dignas de habitabilidade para os cidadãos de baixa renda. Quanto à política habitacional, o mesmo instrumento legal elenca ações estratégicas prioritárias, dentre as quais, segundo artigo 6º, inciso VIII, está a instituição das ZEIS, consoante os critérios e procedimentos delineados no Plano Diretor (FORTALEZA, 2009).

Segundo o artigo 123 do mesmo Plano Diretor, as ZEIS são parcelas territoriais prioritariamente destinadas “à promoção da regularização urbanística e fundiária dos assentamentos habitacionais de baixa renda existentes consolidados e ao desenvolvimento de programas habitacionais de interesse social e de mercado popular” em áreas destituídas de edificação ou subutilizadas ou não utilizadas. Sujeitam-se “a critérios especiais de edificação, parcelamento, uso e ocupação do solo”. De acordo com o artigo subsequente, as ZEIS subdividem-se em ZEIS 1, ZEIS 2 e ZEIS 3, e, ainda, segundo o *caput* do artigo 125, a instituição de nova ZEIS é realizada mediante lei municipal específica, que deve levar em consideração as demandas comunitárias (FORTALEZA, 2009).

O Relatório das ZEIS, elaborado, no âmbito municipal fortalezense, pelo Comitê Técnico Intersetorial e Comunitário das ZEIS, no interior do Instituto de Planejamento de Fortaleza (IPLANFOR), reconhece que o “Plano Diretor Participativo de Fortaleza identifica 45 ZEIS 1 (ZEIS de Ocupação)”, das quais três são destituídas de assentamentos precários, como a ZEIS do bairro Dionísio Torres (IPLANFOR, 2015, p. 26-27), prevista no Anexo 5-A do Plano Diretor (FORTALEZA, 2009).

Entretanto, é necessário que quatro requisitos sejam cumpridos para reconhecimento da área do Dionísio Torres e da Vila Vicentina como ZEIS, os quais não foram ainda realizados. São eles, referenciando-se aos respectivos dispositivos no Plano Diretor de Fortaleza: suas demarcações no Plano Diretor, como as áreas já previstas no Anexo 5-A do instrumento fortalezense, consoante parágrafo único do artigo 124; a criação e eleição do Conselho Gestor das ZEIS, segundo artigo 268; a realização de um diagnóstico sobre a área ou a utilização de um diagnóstico recente, no interior do Plano Integrado de Regularização Fundiária, conforme artigo 270, I, e o estabelecimento de Lei específica ou Decreto que preveja novos parâmetros urbanísticos e outras definições para as ZEIS, conforme *caput* do artigo 125 (IPLANFOR, 2016, p. 81; FORTALEZA, 2009). O único requisito cumprido, e só em relação ao bairro Dionísio Torres, excluída a Vila Vicentina, é a previsão do bairro como ZEIS no Plano Diretor.

A Vila Vicentina está localizada justamente no bairro Dionísio Torres, nas proximidades do bairro Aldeota (ARAÚJO, 2016), “no quadrilátero definido pelas ruas Dom Expedito Lopes (norte), Tibúrcio Cavalcante (leste) e Nunes Valente (oeste) e a Av. Antônio Sales (sul)” (SECULTFOR, 2016). A disputa pelo reconhecimento da integração da Vila Vicentina à ZEIS 1 do local, por movimentos sociais, remonta a 2009, quando ocorreu a venda do terreno, pelo Conselho Central de Fortaleza da Sociedade São Vicente de Paulo, a uma construtora. A Vila foi construída na década de 40 do século XX e foi destinada ao acolhimento de viúvas idosas carentes e, desde então, promove habitação popular (ARAÚJO, 2016).

O secretário do mencionado conselho da Sociedade São Vicente de Paulo, Antônio Roberto Figueiredo, defende a venda do imóvel, que abriga quarenta e duas casas, sob alegação de que ele fora doado à Sociedade São Vicente de Paulo, cuja confirmação é, para ele, passível de ser feita por escritura, ao passo que a Prefeitura de Fortaleza expressa que o terreno pertence à regularizada área particular e sobre ela não há incidência de ZEIS. Especificamente sobre o pleito pelo reconhecimento da área como ZEIS 1, a Prefeitura de Fortaleza defendeu sua impossibilidade, devido ao disposto no artigo 126, §1º, inciso II, do Plano Diretor do Município (ARAÚJO, 2016).

O supracitado dispositivo legal estabelece serem inválidas e sem eficácia como ZEIS 1, as áreas que, não obstante localizadas no interior dos limites de ZEIS 1, são constituídas por imóveis ocupados por qualquer atividade sem aproveitamento pecuniário pela população do assentamento irregular, uma vez que se comprove a regularização da ocupação (FORTALEZA, 2009).

Em sentido oposto, a advogada Mayara Justa defende o interesse da comunidade ocupante do local, ao afirmar que, embora a propriedade, de fato, coubesse aos vicentinos, o terreno foi doado à sociedade. Acrescenta inexistir título de propriedade e que muitos moradores do local trabalham próximo a suas residências (ARAÚJO, 2016).

O bairro Aldeota, um dos mais valorizados da capital cearense, atraindo interesse do mercado imobiliário, é o sexto bairro de Fortaleza com metro quadrado mais caro para venda e o quinto com metro quadrado mais valorizado para aluguel (MEIRELES..., 2017). Assim, dispõe de bons serviços públicos e é localizado próximo a opções de lazer e trabalho, apresentando atrativos que podem consubstanciar o direito à cidade.

Entre os objetivos estabelecidos para área de ZEIS 1, estão, de acordo com artigo 127, incisos I e II do Plano Diretor fortalezense, a efetivação do “cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” e a promoção da “regularização urbanística e fundiária dos assentamentos ocupados pela população de baixa renda” (FORTALEZA, 2009), obedecendo-se a lógica sobre Política Urbana presente na CF e no Estatuto da Cidade. Entre as funções sociais da cidade, estão as previstas nos incisos do artigo 2º do Estatuto da Cidade, como: democratização da gestão urbana, por participação dos diversos segmentos da comunidade na “formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (inciso II); adequada “oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos” (inciso V); e a distribuição equânime “dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização” (inciso IX) (BRASIL, 2001).

O direito de propriedade, por outro lado, não é mais tomado como absoluto, pois limitado pela necessidade de cumprimento de função social. A CF, em seu artigo 5º, *caput*, e inciso XXII, elenca, entre os direitos fundamentais de natureza individual, o direito à propriedade e, no inciso seguinte, estabelece que a propriedade deve atender sua função social (BRASIL, 1988). O Código Civil de 2002 reafirma essa necessidade, ao dispor, em seu artigo 1.228, §1º, que o uso e gozo do direito de propriedade devem efetuar-se de acordo com seus fins econômicos e sociais, ou seja, em conformidade com as limitações impostas pela função social da propriedade. Ainda segundo esse dispositivo, o exercício do direito de propriedade deve respeitar a preservação, como estabelecido em lei especial, da flora, da fauna, das belezas naturais, do equilíbrio ecológico e do patrimônio histórico e artístico, sendo mister evitar, também, a poluição da água e do ar (BRASIL, 2002).

O §3º do artigo 1.228 do Código Civil, por sua vez, prevê a possibilidade de privação do proprietário de sua coisa, quando decorrente de necessidade ou utilidade pública ou quando exista interesse social que o justifique, ou, ainda, em face de circunstância de requisição provocada por iminente perigo público (BRASIL, 2002). Em sentido complementar, percebe-se o objetivo de combate à especulação imobiliária. Já o artigo 2º, inciso VI, alínea “e” do Estatuto da Cidade, prevê como objetivo da política urbana a ordenação do desenvolvimento pleno das funções sociais da cidade, que são fins decorrentes do necessário respeito às diretrizes expostas na política urbana constitucional, e da propriedade urbana e, para isso, há, entre as diretrizes gerais, a ordenação e o controle do uso do solo para combater “a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização” (BRASIL, 2001).

De modo a restarem cumpridas as funções sociais da cidade e a função social da propriedade, o reconhecimento da Vila Vicentina como pertencente à ZEIS ganha maior força. Ainda que comprovada a propriedade da Sociedade São Vicente de Paulo sobre o imóvel, este direito de propriedade, de acordo com o exposto na legislação civilista, é relativo. Como se destina, há muito, à moradia, em bairro com acesso à prestação de serviços públicos essenciais, nada mais natural do que o reconhecimento da ZEIS da Vila Vicentina, desde que respeitados os requisitos legais para isso, ao contrário do que ocorre atualmente.

### 3.3 O PLEITO PELO TOMBAMENTO DA VILA VICENTINA

O pedido de tombamento da Vila Vicentina, realizado em 27 de outubro de 2016, pelo professor e arquiteto Romeu Duarte Junior, foi direcionado ao Secretário Municipal de Cultura de Fortaleza, jornalista Magela Lima. Integra o processo P430950/2016, perante a Secretaria Municipal de Cultura de Fortaleza (SECULTFOR, 2016).

O pleiteante alegou que o imóvel da Vila Vicentina é cenário do início do “processo sócio-histórico de ocupação do lado leste de Fortaleza, fazendo parte, originalmente, das terras do antigo bairro da Estância, de propriedade de Dionísio Torres”. Acrescenta o destaque obtido pela Vila Vicentina no contexto urbano da circunvizinhança, uma vez que apresenta construções horizontais em meio à verticalização residencial característica do processo de ampliação em curso no bairro. O pátio arborizado em sua área central funciona como quintal comunitário amplo, e as áreas de passeio que a circundam foram recentemente beneficiadas com arborização de médio porte (SECULTFOR, 2016, p. 2-3).

Romeu Duarte Junior alegou que os moradores da Vila Vicentina, muitos dos quais idosos e aposentados, são de classes socioeconômicas baixa e média-baixa, e sua presença permite a convivência entre as diversas classes sociais da vizinhança (SECULTFOR, 2016, p. 3).

O pleiteante alerta que a qualidade ambiental do bairro Dionísio Torres está em risco, em decorrência de rápida valorização imobiliária e da verticalização das residências, decorrentes da “implantação de grandes equipamentos públicos e privados e de obras de infraestrutura viária”, que contribuem para a transformação constante da paisagem. Nesse tocante, há impermeabilização contínua do solo e a supressão da cobertura vegetal, retirando do local a sensação de conforto ambiental (SECULTFOR, 2016, p. 3).

Ao fim e ao cabo, os argumentos favoráveis ao tombamento da Vila Vicentina elencam as razões para preavalecimento do pedido. São elas: o direito à cidade; a relevância sócio-histórica inerente ao bem imóvel em liça; “sua pitoresca implantação em bairro alvo de intensa verticalização”; o conforto ambiental que o imóvel oferece, devido à sua horizontalidade e à área verde que o caracteriza; a tipologia arquitetônica rara que a Vila Vicentina apresenta no âmbito fortalezense, e, por fim, o cumprimento dos requisitos elencados nos artigos 9º e 10 da Lei Municipal nº 9.347/2008 (SECULTFOR, 2016, p. 4).

Os artigos ora tratados revelam os aspectos formais do pedido de tombamento. O artigo 9º explica que o pedido de tombamento pode ser realizado por cidadão ou pelo próprio Município de Fortaleza, cabendo à SECULTFOR o recebimento do pedido, além da abertura e autuação do processo administrativo gerado desse procedimento, para proceder à análise e ao parecer, mediante apresentação dos documentos elencados no artigo 10, como a justificativa do pedido e os documentos referentes ao bem (FORTALEZA, 2008).

Ao pedido pelo tombamento da Vila Vicentina, sobreveio o Parecer Técnico nº 258/2016, pela Coordenação de Patrimônio Histórico e Cultural da SECULTFOR. Nesse parecer, restou expresso que a Vila Vicentina foi fruto de experiências de urbanização pioneiras, na porção leste de Fortaleza, realizadas por Dionísio Torres. Além das casas, havia a presença de “ambulatório médico, gabinete dentário, enfermaria, sala do administrador, tesouraria, secretaria, salão de recreação e uma capela”. O Parecer Técnico foi favorável “à abertura dos estudos técnicos para tombamento da vila” (SECULTFOR, 2016, p. 13-14). Não há, contudo, ainda, resultado do pedido.

Apesar da falta de julgamento do pedido, é possível perceber a importância histórico-cultural que a Vila Vicentina tem na cidade, devido não só à sua relevância arquitetônica rara, mas em razão do fato de que se constituiu em experimento de urbanização pioneiro realizado por Dionísio Torres. De mais a mais, como detém importância na obtenção de conforto ambiental ao bairro, devido à sua horizontalidade e à arborização presente no local, há limitação a um alegado direito de propriedade da Sociedade São Vicente de Paulo, cuja pretensão é a obtenção de renda decorrente da venda do imóvel a uma construtora. Nesse contexto, o objetivo da construtora adquirente é, possivelmente, a construção de edifícios verticais ou mesmo de condomínio de casas, mas poderia advir, de sua ação, derrubada das árvores, o que implicaria em prejuízo ambiental, em desrespeito aos limites de gozo do direito de propriedade, estipulados sobretudo no já mencionado §1º do artigo 1.228 do Código Civil, a qual deve respeitar a função social da propriedade.

Ademais, o pleito merece ser favorável por permitir a manutenção das residências restantes e o gozo do direito à moradia e, por conseguinte, à cidade, dos atuais residentes, os quais manterão, se houver entendimento favorável à demanda, sua relação com a vizinhança e entre eles mesmos.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito à cidade, como direito fundamental, requer sua otimização, apesar de não ser direito subjetivo. Ademais, relaciona-se com o direito à moradia digna, pois este está inserido naquele, e sua concretização depende da prevalência do direito à cidade, enquanto este depende da efetividade daquele. Se respeitados ambos os direitos da totalidade dos residentes nas áreas urbanas, tem-se a concretização da justiça social e da redução das desigualdades, objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Apresentam-se, nessa linha, as questões referentes aos pedidos pelo reconhecimento da Vila Vicentina como pertencente à área da ZEIS do Dionísio Torres e pelo seu tombamento. Como a área da Vila Vicentina está há muito tempo destinada à residência de integrantes das classes sociais média-baixa e baixa, e o direito à propriedade, no seio da Constituição Federal e do Código Civil hodierno, é relativizado, por ser necessário o cumprimento da função social pela propriedade, o direito ao reconhecimento da ZEIS deve prevalecer, por ser meio de garantir os direitos à moradia digna e à cidade dos habitantes do local. Entretanto, os requisitos legais necessários para reconhecimento da ZEIS não estão presentes.

Igualmente, o reconhecimento da necessidade de tombamento da Vila Vicentina, por constituir-se em marco histórico do princípio da ocupação da porção leste da cidade de Fortaleza, é meio que conduz ao gozo dos direitos à moradia e à cidade de seus residentes, pois retira da construtora adquirente do local, a possibilidade de modificar sua arquitetura, o que provoca perda de valor imobiliário da área, enfrentando-se os resultados da especulação imobiliária.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Amanda. Vila na Aldeota é alvo de disputa. *O Povo online*, Fortaleza, 20 out. 2016. Fortaleza, online. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2016/10/vila-na-aldeota-e-alvo-de-disputa.html>>. Acesso em: 22 fev. 2018.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan.2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10.257/2001. *Estatuto da Cidade*. Brasília, DF, Presidência da República, 2001.
- FERNANDES, Edésio. Constructing the ‘Right to the City’ in Brazil. *Social & Legal Studies*, v. 16, n. 2, p. 201-219, 2007. Disponível em: < <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0964663907076529>>. Acesso em: 11 nov. 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. *Cuestiones constitucionales*, Distrito Federal, n. 15, p. 113-136, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/885/88501505.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.
- FORTALEZA. Lei Complementar nº 062, de 02 de fevereiro de 2009. *Plano Diretor Participativo de Fortaleza*. Fortaleza, Prefeitura Municipal, 2009.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 9.347, de 11 de março de 2008. *Dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico-cultural e natural do Município de Fortaleza, por meio do tombamento ou registro, cria o Conselho Municipal de Proteção ao Patrimônio Histórico-Cultural (COMPHC) e dá outras providências*. Fortaleza, Prefeitura Municipal, 2008.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. Tradução de Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

IPLANFOR. INSTITUTO DE PLANEJAMENTO DE FORTALEZA. *Plano Fortaleza 2040: equidade social, territorial e econômica*, v. 2. Fortaleza: Iplanfor, 2016. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B5luNH3swV8CVzhRUFh0QXFtM2c>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *Relatório das ZEIS: Comitê Técnico Intersetorial e Comunitário das ZEIS*. Fortaleza, out. 2015. Disponível em: <[http://fortaleza2040.fortaleza.ce.gov.br/site/assets/files/publications/fortaleza2040\\_relatorio-das-zeis\\_14-10-2016.pdf](http://fortaleza2040.fortaleza.ce.gov.br/site/assets/files/publications/fortaleza2040_relatorio-das-zeis_14-10-2016.pdf)>. Acesso em: 04 abr. 2018.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2008.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MASTRODI, Josué; CONCEIÇÃO, Paula Gomes da. Da carga normativa do direito à moradia e sua eficácia social: análise a partir de estudo de caso na cidade de Campinas, SP. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v.8, n.4, p. 1468-1494, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/24711/19151>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

\_\_\_\_\_; ISAAC, Gabriela Martins. A construção do direito à cidade entre o interesse público e o interesse dos agentes do mercado imobiliário: um estudo de caso a partir do plano local de gestão de Barão Geraldo, em Campinas. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n.2, p. 729-748, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/21772/16256>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

MEIRELES é o bairro com o valor de venda mais caro da Capital; Mucuripe é o maior custo de aluguel. *O Povo online*, Fortaleza, 16 out. 2017. Economia, online. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/economia/2017/10/meireles-e-o-bairro-com-o-valor-de-venda-mais-caroda-capital-mucuri.html>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

PORTO, Jane Ferreira. Plano Diretor e Gestão Democrática: instrumentos jurídicos potencializadores do Direito à Cidade. *Revista de Direito da Cidade*,

Rio de Janeiro, v.4, n.2, p. 129-165, 2012. Disponível em: <[http://www.e-publicacoes\\_teste.uerj.br/index.php/rdc/article/view/9715/7614](http://www.e-publicacoes_teste.uerj.br/index.php/rdc/article/view/9715/7614)>. Acesso em: 04 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

SECULTFOR. SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE FORTALEZA. *Processo P430950/2016*. Fortaleza, SECULTFOR, 2016.

STEFANIAK, João Luiz. A efetividade do direito humano e fundamental à moradia. *Revista eletrônica Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v.8, p. 237-256, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/24/23>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

TRINDADE, Thiago Aparecido. Direitos e cidadania: reflexões sobre o direito à cidade. *Lua Nova*, São Paulo, n. 87, p. 139-165, 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/673/67325208007.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

UNITED NATIONS (1996). *Report of the United Nations Conference on Human Settlements (Habitat II)*, Istambul, [s.n.], 1996. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/CONF.165/14](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.165/14)>. Acesso em: 01 dez. 2017.

WORLD SOCIAL FORUM (2005). *World Charter for the Right to the City* (Carta Mundial pelo Direito à Cidade), Bamako, [s.n.], 2005. Disponível em: <<http://www.righittothecityplatform.org.br/download/publicacoes/World%20Charter%20for%20the%20Right%20to%20the%20City.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

RECEBIDO EM: 11/10/2017

APROVADO EM: 20/11/2017

# OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICAS

*PRINCIPLES OF PROPORTIONALITY AND  
REASONABLENESS IN JUDICIAL INTERVENTION IN  
THE IMPLEMENTATION OF PUBLICPOLICY*

*Laura Campolina Monti*

*Doutoranda em Direitos humanos, integração e estado plurinacional (PUC Minas).*

*Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia (Universidade FUMEC).*

*Especialista em Direitos Humanos e Cidadania (Instituto DH).*

*Professora do Grupo de Formação em Direitos Humanos promovido pela Secretaria  
de Estado de Direitos Humanos, Participação Social e Cidadania - SEDPAC do  
estado de Minas Gerais.*

*Michele Rocha Cortes Hazar*

*Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC.*

*Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas  
Gerais (PUC MINAS).*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade; 1.1 O Princípio da Proporcionalidade; 1.2 O Princípio da Razoabilidade; 2 A Tripartição de Poderes do Estado Democrático de Direito no Brasil e o Protagonismo do Poder Judiciário; 3 A Vertente da Judicialização da Política e Breve Análise de Casos Emblemáticos; 4 Conclusão Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho se propõe a analisar a atuação do Judiciário no tocante à implementação de políticas públicas. Tal estudo se mostra relevante ante o crescente protagonismo desse segmento no Brasil e aos possíveis impactos desse no equilíbrio do Estado Democrático de Direito, em especial no que se refere à tripartição de funções. A opção pela investigação específica do uso dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, decorre da inquietação das autoras com relação aos conceitos e limites desses, que, por sua imprecisão, poderiam ser aplicados de acordo com os interesses do julgador, respaldando decisões que atentem contra os próprios fundamentos do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Judiciário. Razoabilidade. Proporcionalidade. Judicialização. Ativismo. Políticas Públicas.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the judicial intervention regarding the implementation of public policies. It's relevant because of the increasing role of the Judiciary in Brazil and the possible impact of that on the balance of the democratic state, especially when it comes to the tripartite function. The choice of an specific research about the use of the principles of reasonableness and proportionality relates to the concern of the authors regarding the concepts and limitations of these, which, in its vagueness, could allow there application according to the interests of the judge, supporting decisions that are contrary to the very foundations of the state.

**KEYWORDS:** Judicial Intervention. STF. Reasonableness. Proportionality.

## INTRODUÇÃO

A noção de Estado é tida como pressuposto a todo o estudo de Direito Público, em geral, e, especialmente, do Direito Constitucional, pelo que se verifica na literatura técnica grande empenho em delinear-lá. Nessa busca, resta patente a relação entre as idéias de poder e direito, tendo chegado Lenio Luiz Streck a afirmar que “*direito é poder. E os juristas sabem muito bem disso!*” (STRECK, 2009, p.14). Em face disso, possivelmente o tema central da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele (BARACHO, 1977, p. 137).

O poder pode ser compreendido como relação sócio-psicológica, fundada no efeito recíproco das ações daqueles que o detêm e o exercem e das ações de seus destinatários. Loewenstein, por exemplo, impulsionado por essas reflexões, entende que o poder político surge na sociedade estatal como exercício de um efetivo controle social por parte daqueles que o possuem (LOEWENSTEIN, 1975, p. 24-27). Nessa linha, deve-se entender como controle social a função de se tomar determinada decisão e a capacidade que os detentores do poder têm de obrigar os destinatários desta a obedecê-la.

Nesse sentido, o cenário de um Executivo extremamente fortalecido durante o período absolutista foi originalmente alterado nos anos que se seguiram ao movimento Iluminista e à Revolução Francesa, quando a desconfiança com relação ao soberano levou ao deslocamento do poder para o Legislativo.

Recentemente, no entanto, estamos testemunhando nova alteração do núcleo de poder do Estado em diversos países e, destacadamente, no Brasil. Evidencia-se o crescente protagonismo do Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal (STF), que vem, ao longo dos últimos anos, alargando suas fronteiras e chamando para si maior poder - esse entendido exatamente como a prerrogativa de tomada de decisão em determinado tema seguida da capacidade de fiscalização quanto ao cumprimento de sua decisão.

Tal modificação é percebível no momento em que a fonte do direito afasta-se de seu vínculo com a vontade do chefe de Estado ou de governo e, de certa maneira, da vontade do povo, que são freadas por uma instância que emerge superiora, em nome da leitura não mais adstrita às regras, mas alargando-se na direção dos princípios previstos, em especial, na Constituição.

Ocorre que o protagonismo do Judiciário pode representar não apenas desequilíbrio no sistema de tripartição das funções do Estado<sup>1</sup>, ofendendo, portanto, as garantias do Estado Democrático de Direito, mas também, uma vez aliado ao uso indiscriminado dos princípios, abrir espaço para decisões sem fundamentação técnica aprofundada e que, não raro, refletem a individualidade do julgador.

Diante do problema acima exposto, o presente trabalho se propõe a apresentar um estudo sucinto da evolução do uso dos princípios como fonte de direito e base argumentativa – adotando para tanto o recorte dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade –, e da relação dessa com a postura central atualmente ocupada pelo Judiciário, especialmente no que toca a intervenção na implementação de políticas públicas. A opção por essas balizas se deu em razão do reflexo desse tipo de atuação na gestão do Executivo e do Legislativo, resultando em potencial alteração da dinâmica estatal prevista no texto constitucional brasileiro.

Para a investigação das hipóteses acima mencionadas, foram realizadas pesquisas bibliográfica, doutrinária, legal, e jurisprudencial, com análise de casos emblemáticos em que os tribunais tenham se manifestado sobre questões que, *a priori*, caberiam aos demais atores em exercício de função estatal.

## 1 OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

A necessidade de certeza, que determinou a codificação do Direito e conduziu por muito tempo o raciocínio de que o magistrado seria mero aplicador da lei, através da subsunção dos fatos às normas, não subsistiu diante de novos desafios interpretativos aos quais foram submetidos o Direito e sua aplicação. Na visão positivista tradicional, o ordenamento jurídico é considerado como um corpo coeso e coerente, sendo o conflito de normas apenas de caráter aparente. Atualmente, no entanto, já não se questiona mais a impossibilidade de o legislador prever todos os eventos da vida capazes de produzir efeitos jurídicos, o que impôs uma maior abertura do sistema jurídico.

Segundo García de Enterría, o positivismo pretendia reduzir a Ciência do Direito à expressão da lei, tendo sido exatamente o legalismo exacerbado que matou essa corrente filosófica. Para o autor, o Direito,

1 A opção pelo uso da expressão “funções do Estado” ao invés do termo “poderes do Estado” não é feita inadvertidamente. Entende-se que, em princípio, o poder do Estado é uno e as funções decorrentes do exercício desse poder são as formas pelas quais a atividade dominadora do Estado se manifesta sobre as pessoas.

hoje, é visto como um condensado ético de justiça, no qual as leis possuem forte caráter principiológico capaz de “fazer funcionar razoavelmente o sistema por cima de uma maré incessante de inúmeros preceitos escritos” (ENTERRÍA, 2000, p.102 e SS).

Sobre o tema, Valeschka e Silva Braga escreve:

São eles [os princípios] que garantem a fecundidade do sistema jurídico, permitindo sua constante atualização, conforme os ditames da permanente evolução da sociedade. Através deles, o Direito encontra campo fértil para evoluir adaptando-se às novas situações, que vão, paulatinamente, sendo criadas na vida em comunidade.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 1973, trazia previsão específica, em seu art.126, sobre a impossibilidade de o juiz esquivar-se de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei. Tal previsão foi mantida no art.140 do novo Código de Processo Civil<sup>2</sup>. Previsões como essas são necessárias para que se forneça a prestação jurisdicional e se assegure a efetividade dos direitos conferidos pela Constituição de 1988, no entanto, se não aplicados de maneira coerente com o próprio texto constitucional, os princípios podem converter-se em verdadeiros curingas prontos para serem sacados da mangas dos magistrados a qualquer tempo, prestando-se às mais diversas funções.

Em face desse quadro, faremos breve análise especificamente acerca de dois princípios que tem recebido destaque na fundamentação de decisões dos tribunais, especialmente quando a questão em juízo atinge a esfera das políticas públicas, quais sejam: o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.

### 1.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A análise da trajetória percorrida pelo princípio da proporcionalidade é fundamental para se compreender o papel desempenhado por esse no sistema jurídico brasileiro.

A história nos conta que, em 1971, o então rei da Prússia, Friederich Wilhelmm, teria sido alertado de que o Estado só estaria autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que tal cerceamento

---

<sup>2</sup> Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

fosse necessário à manutenção da liberdade e da segurança de todos. O positivismo reinante naquele período impunha, entre outras coisas, a regulamentação do poder dos mais fortes (governantes), como forma de proteção dos mais fracos (governados).<sup>3</sup>

A partir desse momento, no direito administrativo alemão, o princípio da proporcionalidade começou a ser encarado como regulador do poder de polícia estatal, se prestando à limitação dos excessos. Somente em meados do século XX, o referido princípio foi transportado para o direito constitucional daquele país, por força do posicionamento adotado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha Ocidental (GUERRA FILHO, 2000, p.77). Em julgamento histórico, no ano de 1971, aquele tribunal abordou a proporcionalidade nos seguintes termos:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz. (GUERRA FILHO, 2000, p.84)

Neste ponto, cabe destacar que Paulo Bonavides (2002) aponta que a primeira inserção deste princípio no direito constitucional teria ocorrido na Suíça e não na Alemanha. Porém, afirma o mesmo autor, que os alemães o utilizaram no campo constitucional com tanta ênfase e de formas tão renovadoras que, sem eles, dificilmente teria alcançado o *status* de princípio constitucional no Estado Democrático de Direito.

Nos anos que se seguiram, no entanto, o alcance do princípio se revelou ainda mais amplo do que a simples proibição de excessos. Após a Segunda Guerra Mundial, conforme ensina Canotilho (2000), a necessidade de um direito material mais justo potencializou-se tanto na Inglaterra (combate ao *manifest unreasonableness*), na França (sujeição dos atos administrativos ao controle *erreur manifeste d'aoreciation*), na Itália (análise dos juízos de manifesta *illogicità, de congruità e ragionevolezza*), como na própria Alemanha (a proibição de excesso erigida a *status* de regra constitucional).

Atualmente, para que bem se compreenda a importância e adequada aplicação do princípio da proporcionalidade, no entanto, é preciso ter em

---

3 Sabe-se, no entanto, que a preocupação com a proporcionalidade, especialmente no que se refere às penas criminais, é anterior a 1791, conforme se extrai na clássica obra de Cesare Beccaria, "Dos Delitos e das Penas".

mente que a sua concepção antiga, muito associada ao princípio da legalidade, cedeu passo a uma nova concepção, ligada agora à constitucionalidade, que, no ordenamento jurídico brasileiro, deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro gravitacional da ordem jurídica.

Em face do problema em estudo no presente trabalho, têm-se que a filosofia forneceu importante contribuição para o estudo da proporcionalidade. Destacaremos, no entanto, algumas das observações de Luiz Recaséns Siches. O referido autor aponta que a realização da justiça exige que se leve em conta a idéia de proporcionalidade, sem se perder de vista que é essencial se indagar a cerca de qual o *critério* utilizado para tal fim (RECASÉNS SICHES, 1934, p. 97). Para se chegar ao critério adequado é preciso lembrar que a lógica é impregnada de critérios de valoração e de perspectivas axiológicas percebidos, em primeiro lugar, por experiência própria e, em segundo lugar, pela experiência ensinada pela história, ou seja, pela experiência de outros (RECASÉNS SICHES, 1959, p.642).

Vê-se, portanto, que a preocupação com os subjetivismos não é nova e, se até este ponto a teoria de Sinches aborda o tema com acerto, não podemos, sem ressalvas, concordar com a conclusão do autor, em sua obra de 1973.

O filósofo afirma que na solução de problemas humanos, em geral, inclusive os de cunho jurídico, não há uma resposta exata, em virtude da vasta multiplicidade de componentes heterogêneos que influem na conduta humana, mas considerando que o juiz tem por missão decidir um determinado litígio compete a ele a utilização não da lógica tradicional, mas da lógica do razoável, ponderando os valores em jogo conforme a hierarquia destes.

Nossa inquietação com relação a essa conclusão decorre da impressão de que, na tentativa de definir a adequada aplicação do princípio da proporcionalidade – que por sua natureza é bastante aberto a interpretações – o autor, a despeito de anteriormente nos alertar para a importância da escolha do critério de avaliação, aponta outro parâmetro amplamente sujeito à subjetividade do julgador para tal fim, qual seja, o princípio da razoabilidade.

## 1.2 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

A noção de direito já contém, em certa medida, a de razoabilidade, pois sua pretensão é regular condutas, estabelecendo normas que sejam aceitas pela sociedade, sendo possível supor que as pessoas em geral obedecerão aos comandos do ordenamento jurídico.

Para Wilson Steinmetz (2001), o que não é razoável não pode ser considerado jurídico e, no âmbito do Direito, dizer que uma decisão é razoável significa que, do ponto de vista de seu conteúdo, ela é aceitável ou, mais precisamente, ela é substantiva ou materialmente aceitável. A razoabilidade diz respeito ao conteúdo, portanto, e não à forma.

A idéia de *reasonableness*<sup>4</sup>, derivada do *substantive due process of law* e declaradamente associada à idéia de senso comum, desenvolveu-se mais acentuadamente nos Estados Unidos, onde o Judiciário concentrou grande poder, dada a enorme desconfiança que pairava sobre o Legislativo. É certo que a tradição dos países continentais é a valorização do Parlamento, por ser esse, ao menos em tese, veículo da vontade popular através de seus representantes. Tal tendência, em regra, somente é mitigada pela necessidade de proteção aos direitos individuais. No entanto, a desconfiança que os estados americanos mantiveram com relação ao Parlamento, mesmo após sua independência, fez com que fosse fortalecido o controle jurisdicional, formalmente reconhecido através da celebre decisão *Madison X Marbury*<sup>5</sup>, proferida em 1803.

Os juízes do *Common Law* têm tradição em promover a comparação entre a situação de fato e os precedentes jurisprudenciais, tendo por parâmetro a noção de um comportamento razoável, em conformidade com as circunstâncias, para a fundamentação de suas decisões. Há que se destacar, no entanto, que o fato de estarem inseridos no sistema do *Common Law* não autoriza os magistrados a agirem segundo suas vontades individuais, ainda que as considerem razoáveis, conforme explica Roscoe Pound no trecho abaixo destacado que evidencia, mesmo naquele sistema, a preocupação em afastar os subjetivismos e impor limites racionais e verificáveis à atuação dos juízes.

A doutrina dos precedentes judiciais e a doutrina da supremacia da lei ou do direito, por trás das quais existe a razão, em oposição ao elemento da vontade [...]. A doutrina dos precedentes significa que as causas devem ser julgadas por princípios extraídos indutivamente da experiência judicial do passado, não por dedução de regras estabelecidas arbitrariamente pelo soberano. Em outras palavras, a razão, e não a vontade arbitrária, há de ser o último fundamento da decisão. A

4 *Reasonable*, na linguagem jurídica norte americana, remete ao sentido de adequação, plausibilidade, imparcialidade. *Reasonableness*, no entanto, traz a noção de senso comum, justiça, moderação, equidade. (Cf. ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 90, v. 783, p. 11, jan. 2001).

5 Cf. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137

doutrina da supremacia do direito é redutível à mesma idéia. É uma doutrina segundo a qual o soberano e todos os seus representantes estão vinculados a agir conforme princípios, e não pela sua vontade arbitrária; são obrigados a seguir a razão, em vez de serem livres para seguir o capricho [...]. A doutrina do *common law* é uma doutrina da razão aplicada à experiência. (POUND in OLIVEIRA, 2000, p. 178-179)

No Brasil, inicialmente o Supremo fundou o controle de razoabilidade de lei e atos normativos na teoria francesa do desvio de poder. Ou seja, além de ter a formalidade satisfeita, o conteúdo dos atos passou a ser avaliado à luz da razão proveniente do bom senso do homem comum.

Na prática, cabe sempre ao Judiciário valer-se do exame da razoabilidade, já que ele é responsável por dizer a lei no caso concreto, sendo certo que na Inglaterra e nos Estados Unidos (países que adotam o sistema do Common Law), limita sua atuação aos eventos que compreendam direitos individuais.

## **2 A TRIPARTIÇÃO DE PODERES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO**

A teoria da separação dos poderes foi inicialmente esboçada na antiguidade por Platão, ganhando vertente tripartite a partir de Aristóteles, em obra intitulada *Política*<sup>6</sup>, na qual admitia a distribuição do poder soberano em três esferas individualizadas, às quais cabiam as decisões estatais. Posteriormente o pensamento foi reorganizado pela exposição de John Locke. Entretanto, o núcleo da teoria clássica da tripartição de poderes foi estruturado por Charles de Montesquieu, na obra *O Espírito das Leis*, como explica Elival da Silva Ramos (2010).

Conforme aduz Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho (2009), a teoria clássica da tripartição de poder foi pensada por Montesquieu com o objetivo de limitar o poder pelo próprio poder, sendo, portanto, divididas as funções do Estado em três frentes distintas, evitando-se, assim, a centralização e a arbitrariedade.

No núcleo da separação tripartite das funções estatais situa-se a teoria do sistema de freios e contrapesos, desenvolvida sob a égide da Constituição norte americana. Tal sistema tem por objetivo promover o controle mútuo das funções independentes exercidas pelo Estado, quais

---

6 ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

sejam, a jurídica, a legislativa e a executiva. Tais centros de atuação exercem delicado controle uns sobre os outros, a fim de evitar excessos arbitrários, conforme aponta Paulo Fernando Silveira (1999).

Deste modo, nota-se que a teoria da tripartição do poder estatal, aliada ao conceito de freios e contrapesos, se destina também à descentralização do poder e à proteção dos indivíduos contra a tirania e arbitrariedades do Estado.

No cenário brasileiro, ao se realizar breve análise do histórico constitucional, é possível notar que a divisão de funções tem previsão expressa desde a Carta Imperial de 1824, quando assumiu dimensão quadripartite - além da legislativa, judiciária e executiva, foi prevista a função moderadora, de titularidade do imperador, que controlava todas os demais, conforme disposto no art. 10 do referido texto normativo.

Nesta toada, destaca-se que apenas a partir da primeira constituição republicana, em 1891, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a lógica de tripartição das funções estatais, tal como no modelo estruturado por Montesquieu (art. 15 do referido diploma). A partir deste marco todos os textos constitucionais até a vigente Carta Fundamental de 1988 abrigam tal teoria.

Entretanto, ao nos debruçarmos sobre o contexto histórico pátrio é possível vislumbrar que em períodos específicos determinada função do Estado destacou-se mais do que outras, chegando inclusive a subordiná-las. Tal fato evidencia-se, por exemplo, na análise do período de vigência da Constituição Brasileira de 1967 que vigorou durante a ditadura militar. A referida norma fundamental contemplava em seu texto, especificamente no artigo 6º, a separação harmônica dos poderes do Estado. Porém, ao arrepio de tal previsão, o cenário autoritário que se instalou promoveu o alargamento do Executivo e da figura do Presidente da República, interferindo nas atribuições do Legislativo e do Judiciário, conforme apontam Eduardo Martins de Lima e José Alfredo Baracho Júnior (2013).

Após o conturbado período ditatorial supramencionado e de muita luta social e política foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o intuito de promover a (re) democratização, ampliar o *rol* de direitos e garantias fundamentais, e reequilibrar as atribuições das funções das instituições estatais (executiva; legislativa e judiciária). Nessa linha, a Constituição previu, em seu artigo 2º, a tripartição e a harmonia as funções do Estado.

Ocorre, no entanto, que em face da ampla textualização de direitos, garantias e deveres promovida pela Carta de 1988 e da ineficiência dos agentes executivos, bem como da inércia dos membros do parlamento no que se refere à tutela de algumas garantias fundamentais, criou-se o cenário perfeito para o protagonismo judicial que temos testemunhado. Conforme aduz Luís Roberto Barroso (2012), tal fenômeno fica cada vez mais evidente e alarmante no país, em razão de estar a sociedade depositando nos magistrados sua expectativa para a melhor solução de velhos problemas e a garantia de direitos, comprometendo, tais circunstâncias, no entanto, a estrutura do Estado que pretende se afirmar como democrático, especialmente em face da atuação solipsista e midiática de alguns dos membros do judiciário.

### **3 A VERTENTE DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E BREVE ANÁLISE DE CASOS EMBLEMÁTICOS**

Hodiernamente, considerando o contexto mencionado no tópico anterior, bem como a crise de representatividade e de coalização governamental<sup>7</sup>, observa-se, sob a ótica de alguns autores, argumentos que tentam explicar a expansão da atividade jurisdicional, como por exemplo, a oportuna inércia e o comodismo do Legislativo, apontados por Luís Roberto Barroso (2012), o que faz com que a população deposite, de maneira acentuada, sua crença na atividade jurisdicional.

Deste modo, vislumbra-se, que o Judiciário toma para si a atribuição de efetivador de direitos e garantias, certo de sua autoridade e sob o argumento de ser o guardião dos ditames constitucionais.

O protagonismo judicial é fenômeno recorrente no Brasil e no mundo, o que desperta argumentos favoráveis e contrários tanto no âmbito jurídico quanto no da ciência política. Sem desconsiderar a relevância do fenômeno em caráter mundial o presente trabalho se atentará para os aspectos nacionais da questão.

Para tratar de temática tão polêmica se faz necessário mencionar algumas distinções de extrema relevância para o presente estudo. Conforme aduz Amandino Teixeira Nunes Júnior (2014), o protagonismo judicial é gênero, do qual podem ser extraídas duas vertentes que não se confundem, o ativismo judicial e a judicialização da política.

---

7 Sobre coalizão governamental vide ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro. v. 31, n. 1, 1988.

Para Luís Roberto Barroso (2012), é possível notar que o ativismo judicial e a judicialização da política, embora apresentem traços semelhantes, são ocorrências distintas. De acordo com o autor, a judicialização da política, também intitulada judicialização da vida, advém do próprio modelo constitucional pátrio, da vasta inserção de direitos na Carta Magna e da busca da sociedade pela efetivação desses direitos, e não da deliberação criativa do juiz. Já o ativismo judicial refere-se à participação mais ampla e inovadora do Judiciário no espaço dos outros poderes.

A despeito de ambos os fenômenos serem distintos, é importante ressaltar que a concentração da vida e de todas as decisões no âmbito do Judiciário, seja no aspecto do ativismo ou no da judicialização, é, em alguma medida, prejudicial aos ideais democráticos. Juliano Zaiden Benfido (2014) se manifesta do sentido de que é possível afirmar que um Estado apenas pode se pretender democrático quando nenhuma de suas instituições detiver, de maneira substancial, o poder concentrado no exercício de suas atribuições, em detrimento da participação das demais.

O protagonismo judicial é alvo de sérias críticas na literatura especializada. A presente pesquisa, no entanto, se atentará especificamente à vertente da judicialização da política e à breve análise de alguns casos que ilustram tal fenômeno.

Como já mencionado, a judicialização da política e o ativismo judicial não se confundem. Atentando-se ao conceito forjado por Luiz Roberto Barroso (2012), verifica-se que a Constituição Federal, no processo de (re) democratização do país trouxe não apenas a proteção dos indivíduos contra os arbítrios do Estado, mas também um extenso *rol* de direitos e garantias inerentes à manutenção de vida justa, digna e materialmente igual, tanto em âmbito individual como no coletivo.

Neste cenário tem-se o que se convencionou denominar de judicialização da política ou judicialização da vida. A força normativa da Carta Magna e a ampliação das atribuições do Judiciário, somadas à inefetividade e inércia do Legislativo e do Executivo, principalmente no que diz respeito à implementação de políticas públicas, faz com que a sociedade empodere, cada vez mais, o Judiciário com o intuito de satisfazer seus direitos constitucionalmente e legalmente garantidos.

Desta forma, o indivíduo ou a coletividade, quando acionam o Judiciário têm o direito constitucional à prestação jurisdicional, por força do art. 5º, XXXV, devendo o magistrado oferecer respostas às demandas

que lhes são apresentadas, sendo certo que tais respostas vincularão todos os envolvidos na questão.

De outro modo, é válido mencionar que não se verifica em face do Legislativo e do Executivo semelhante imposição normativa, afastando-se, cada vez mais, tais funções da coletividade. Por essa razão, dentre outras, a sociedade vislumbra na prestação jurisdicional o caminho mais curto e eficaz na satisfação das necessidades e garantia de direitos, conforme argumenta Helena Colodetti Gonçalves Silveira (2015).

Diante desse contexto, é possível afirmar que a judicialização da política ou da vida mediante a expressiva atuação do Judiciário na manutenção ou efetivação de direitos, apresenta-se sobre um viés positivo. Porém, o empoderamento da instituição impulsiona sérios questionamentos que envolvem o exacerbado uso dos princípios da discricionariedade, razoabilidade e proporcionalidade, a intervenção do Judiciário na esfera dos demais poderes, a concessão isolada de determinada medida em detrimento dos direitos e garantias de toda a coletividade, dentre outros argumentos.

No que se refere à análise específica de casos que deflagram a judicialização da política e seus excessos é válido destacar os reflexos de tal fenômeno no âmbito da saúde. Diante da disposição constitucional expressa ao direito à saúde, contemplado no art. 196, nota-se que a implementação de tal prestação deve ocorrer por meio de políticas públicas e sociais, ou seja, mediante a atuação de órgãos próprios, em regra, vinculados ao Executivo.

O primeiro ponto que merece referência aduz à não atribuição ao Judiciário de participação no processo de implementação de políticas públicas. Outro destaque é o alarmante fato de as decisões judiciais, especificamente no âmbito da saúde, resolverem apenas demandas pontuais, impondo gastos vultosos e desproporcionais ao Estado, prejudicando o investimento desses recursos em favor de um maior número de indivíduos.

Sobre a temática merece destaque o Mandado de Segurança 0034026-16.2010.8.26.0053 (SÃO PAULO, 2010) impetrado contra a Secretaria de Saúde Estadual do Estado de São Paulo, para obtenção de medicamento de alto custo. No caso supramencionado o impetrante, portador de doença rara, intitulada hemoglobínúria paroxística noturna, impetrou o mandado de segurança com o objetivo de ver fornecido pelo Estado o medicamento que lhe garantisse melhor qualidade de vida, embora não curasse a doença.

O impetrante obteve êxito o Estado de São Paulo gasta, anualmente, quase 800 mil reais, apenas para concessão de medicamentos e tratamento à parte vencedora.

Na judicialização da saúde, em casos como a decisão sobre a concessão ou não de medicamentos e/ou tratamentos de alto custo, a implementação de políticas públicas fica a mercê da discricionariedade do magistrado e de seu critério do que seja razoável e proporcional exigir ou sacrificar, sem que se avalie a capacidade orçamentária do ente federado que ocupa o polo passivo da demanda, e os impactos da decisão em outras prestações, comprometendo os recursos financeiros destinados à satisfação de outros direitos.

Outro caso que merece análise, ainda no que tange o direito à saúde, é o que envolve o julgamento da ação ordinária nº 0806879-36.2015.4.05.8100 (CEARÁ, 2015a) que correu 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará. Em sucinta análise, é possível verificar que o juízo monocrático de primeira instância indeferiu o pedido da parte autora, cuja pretensão era o fornecimento por parte do Estado do Ceará de medicamento não oferecido pelo Sistema Único de Saúde, ao argumento de que era portadora de Síndrome Mielodisplásica e não dispunha de recursos para o tratamento.

Não obstante a pretensão autoral tenha sido negada em primeira instância, o desembargador federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, concedeu a prestação pleiteada, mediante apreciação do Agravo de Instrumento 0806584-49.2015.4.05.0000 (CEARÁ, 2015b).

Na fundamentação da decisão, o desembargador menciona que as demandas que envolvem o direito à saúde devem ser examinadas com extremo cuidado, tendo-se em vista que os recursos são limitados e a destinação de valores para custear determinado tratamento não inserido na listagem do Ministério da Saúde, pode acarretar deficiência na prestação de outro serviço pelo SUS. Destaca ainda, em seus argumentos, que o Judiciário não pode interferir nas atribuições reservadas constitucionalmente ao Executivo e determinar a aquisição de medicamento diverso daqueles fornecidos pelo SUS, sob pena de prejudicar a execução das políticas públicas implementadas em prol da universalidade e afastar a isonomia no atendimento aos cidadãos.

Entretanto, a despeito de admitir a incompetência do Judiciário de se imiscuir em tal questão e afirmar que a concessão de medicamentos e tratamentos de maneira singular pode prejudicar o direito de inúmeras

pessoas, o desembargador, valendo-se de maneira desarrazoada e desproporcional de sua autoridade, concede o medicamento pleiteado.

Outro caso emblemático, para fins de se analisar os limites da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na atuação do Judiciário, é o acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1698/DF, julgada em 25.02.2010, cuja relatora foi a Ministra Cármen Lúcia.

As agremiações partidárias autoras da demanda defendiam que durante o governo do Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso e seu Ministro de Estado da Educação, Paulo Renato Souza, teriam sido omissos em garantir educação de qualidade no Brasil e erradicar o analfabetismo, conforme os ditames da Constituição Federal. A corte julgou improcedente a ação, ao argumento de que não se verifica omissão no trato do direito à educação.

Em que pese o fato de que a propositura da ação tenha ocorrido em uma cenário de divergências políticas conjunturais dos partidos autores em face de determinada política educacional de um ex-presidente, é preciso ressaltar que alguns ministros teceram relevantes considerações acerca da judiciabilidade de políticas públicas educacionais. Sem qualquer argumentação mais aprofundada e sem estabelecer a forma como sua decisão seria executada se fosse majoritária, o Ministro Marco Aurélio declarou seu voto pela procedência da ação consignando apenas que “o piso constitucionalmente previsto não basta. É preciso fazer mais, [isso porque] o piso mínimo *minimorum* não me conduz a assentar que não há omissão do Poder Público. Por isso, julgo procedente a ação, de iniciativa de partidos voltados para o lado social”.

Em seu voto, Gilmar Mendes consigna que o Tribunal não estaria a afirmar o atendimento satisfatório dos requisitos pertinentes à educação pelo Poder Público. Somente se estava a verificar a realização de políticas que se aproximassem progressivamente (doutrina da aproximação - *Annäherungslehre*) do desiderato constitucional estabelecido. Afirma este Ministro que “no futuro, se esse tema vier a se colocar novamente e se se entender que as políticas não se encaminham nesse propósito, certamente o Tribunal poderá ter outro entendimento.”

Arremata, por fim, o Ministro Carlos Ayres Britto:

é franqueado ao Supremo Tribunal Federal sindicarem o cumprimento das políticas públicas que já estão definidas na própria Constituição, ainda que em linhas gerais, mas aqui até com percentuais mínimos (...).

O Supremo Tribunal Federal está exercendo, com legitimidade, um ofício de controle de constitucionalidade que, de fato, lhe cabe. Agora, como disse o Ministro Gilmar, trata-se de política pública predefinida, claro que não com todas as minudências, com todas as especificidades, na própria Constituição Federal. E a norma de fato é norma-programa ou norma-tarefa, segundo a melhor doutrina.

Ainda sobre a temática do direito à educação, o STF apreciou, em 6/12/2011, o agravo regimental no recurso extraordinário n. 635.679. O referido recurso foi proposto pelo estado de Goiás objetivando a reforma de decisão do tribunal de justiça daquele estado, que acatou a ação civil pública proposta pelo Ministério Público de Goiás pleiteando a construção de salas de aula em número suficiente ao adequado atendimento da população e em cumprimento ao artigo 4º, inciso IX da Lei de Diretrizes e Bases (LDB), que estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de padrões mínimos de qualidade de ensino – definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem – e também em cumprimento ao artigo 34 da LDB de Goiás, que estabelece a relação adequada entre o número de alunos e o professor, de modo que esse seja prestado com qualidade e no prazo de seis meses.

Nesse caso, o STF, por unanimidade, acatou a ação civil pública proposta por entender que cabe ao Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo adote medidas que assegurem o direito à educação quando este não o faça espontaneamente.

Vê-se, portanto, que a postura intervencionista está presente inclusive na última instância do Judiciário brasileiro que se declara competente para intervir nas demais esferas do Estado quando entender conveniente, adotando, em regra, para fundamentação de tais decisões a necessidade de aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

#### 4 CONCLUSÃO

Em face do breve estudo aqui desenvolvido a respeito dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como da atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas, verifica-se que o protagonismo desse decorre não apenas da ineficiência do Executivo e do Legislativo e da desconfiança geral da sociedade brasileira com relação a esses, mas também da forma de atuação dos magistrados em geral.

Valendo-se de decisões genéricas, fundadas em bom senso, princípios e referências subjetivas de justiça, ética e moralidade, o que se verifica é uma ingerência crescente do Judiciário em todas as esferas, tanto como fiscalizador, como na qualidade de agente executivo, não sendo ele próprio, no entanto, efetivamente regulado por ninguém.

Nessa linha, a menos que se reverta a onda de práticas centralizadoras por parte dos Tribunais e seus membros, estaremos chancelando o atendimento pontual de demandas e a garantia eventual – e individual – de direitos fundamentais em detrimento das próprias bases do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira; LIMA, Eduardo Martins de. *Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes Políticos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro*. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502953>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 24 de jun. 2016.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 10 set 2016.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. *Lei 9.212 de 1990 de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. *Lei 9.213 de 1990 de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Ministério do trabalho e previdência social. *Portaria Interministerial nº 1 de 08 de janeiro de 2016*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=315164>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1698*, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2010, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-02 PP-00693 RTJ VOL-00214-01 PP-00016 RSJADV mai., 2010, p. 32-38

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 635679 AgR*, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 06/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 03-02-2012 PUBLIC 06-02-2012

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Mandado de Segurança 0034026-16.2010.8.26.0053*. Relator: JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI000YRXG0000>. Acesso em: 29 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral (5ª Região). *Agravo de Instrumento no processo nº 0806584-49.2015.4.05.0000*. Relator: Sérgio Murilo Wanderley Queiroga. Disponível em: [http://www.trf5.jus.br/data/2016/02/PJE/08065844920154050000\\_20160226\\_68631\\_40500003795466.pdf](http://www.trf5.jus.br/data/2016/02/PJE/08065844920154050000_20160226_68631_40500003795466.pdf). Acesso em: 19 out. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Montesquieu e a releitura da separação de poderes no estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica*. 2009. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21>>. Acesso em: 12 out. 2016.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Justicia y seguridad jurídica em um mundo de leyes desbocadas*. Reimpressão. Madrid: Civitas, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional: Celso Bastos Editor, 2000.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. *A previdência social na jurisprudência recente do STF – análise crítica e comparativa com a corte europeia dos direitos humanos*. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista\\_2009/2009/aprovados/2009a\\_Dir\\_Pub\\_Ibrahim%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_Ibrahim%2001.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2016.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1975.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. *Ativismo judicial no Brasil: o caso da infidelidade partidária*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502954/001002783.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 set. 2016.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. *O ativismo do Supremo Tribunal Federal*. 2011. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2011\\_10734\\_1.pdf](http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2011_10734_1.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2016.

OLIVEIRA, Cybele. Devido processo legal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 8, n. 32, p. 178-179, jul./set. 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RECASÉNS SICHES, Luiz. *Los temas de La filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1934.

RECASÉNS SICHES, Luiz. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

RECASÉNS SICHES, Luiz. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1959.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 20 out. 2016.

SEGATTO, Cristiane. *O paciente de R\$ 800 mil*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 20 out. 2016.

SILVEIRA, Helena Colodetti Gonçalves. *Direito e modernização brasileira: o papel civilizatório da jurisdição constitucional*. 2015. 211 f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos: check and balances*. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermeneutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RECEBIDO EM: 16/11/2017

APROVADO EM: 08/12/2017

# ANÁLISE BIOÉTICA DA DIGNIDADE HUMANA FRENTE A NOVAS TECNOLOGIAS DA INDÚSTRIA COSMÉTICA

*BIOETHICAL ANALYSIS OF HUMAN DIGNITY IN THE  
FACE OF NEW TECHNOLOGIES IN THE COSMETIC  
INDUSTRY*

*Lisiane Cristina Jeckel*

*Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
Graduada em Direito pela Universidade Feevale, Pós-Graduada em Marketing pela  
Escola Superior de Propaganda e Marketing. Advoga na área empresarial com foco  
em direito ambiental, médico, farmacêutico e contratual.*

*Pedro Ernesto Neubarth Jung*

*Mestrando em Direito no PPGD da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, atua  
como pesquisador, mestrando, nesta mesma instituição, nos projetos de pesquisa .*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Tecnologia nano oportunidade macro; 2 Nano: a tecnologia do risco; 3 Dignidade humana: o preço do inapreciável; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A evolução tecnológica nos transportou para a era do invisível, onde os insumos utilizados nos processos produtivos foram reduzidos à escala nanométrica com o objetivo de aumentar o desempenho e a eficácia desses produtos. A utilização de nanomateriais, no ramo cosmético, oferece infinitas possibilidades. Entretanto, os efeitos oriundos dessa tecnologia, a longo prazo, em termos de risco à saúde humana são desconhecidos. A falta de regulamentação específica, bem como falta de transparência na informação passada ao consumidor e a dificuldade de responsabilização civil das empresas produtoras de cosméticos, abre espaço para que esses produtos sejam absorvidos pelo mercado sem a devida preocupação. Portanto, o objetivo desse trabalho é fazer uma reflexão bioética acerca do conceito de dignidade humana frente a essa tecnologia a fim de fomentar a atitude responsável da comunidade científica, bem como das empresas que lançam esses produtos no mercado. Para atingir o objetivo foi utilizado o método dedutivo, que parte da premissa geral do conceito de dignidade humana necessário para o entendimento do tema. A presente pesquisa permitiu constatar que a dignidade humana, tal qual preconizada por Kant, no âmbito da nanotecnologia, não está sendo respeitada. A solução, para esse impasse, está além do direito positivado, versa no respeito mútuo à humanidade que existe em cada um de nós.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nanocosméticos. Risco. Bioética. Dignidade Humana. Responsabilidade Civil.

**ABSTRACT:** Technological developments have transported us to the era of the invisible, where the inputs used in production processes have been reduced to the nanoscale in order to increase the performance and effectiveness of these products. The use of nanomaterials in cosmetics offers endless possibilities. However, the effects from this technology in the long term to the human health are unknown. The lack of specific regulations as well as the lack of transparency in the information given to the consumer and the difficulty of civil liability towards the cosmetics companies have open space for these products to be available on the market without due concern. Therefore, the objective of this work is to do a bioethics study about the concept of human dignity in the face of this technology with the goal of fostering the responsible attitude of the scientific community, as well as from the companies that launch these products on the market. To achieve the goal proposed, it was used the deductive method, considering the general premise of the concept of the necessary human dignity to the understanding of the topic. This research has shown that human dignity, as advocated by Kant, in

the field of nanotechnology, is not being respected. The solution to this impasse, is beyond the positive law concept, it's based on mutual respect to humanity that exists in each of us.

**KEYWORDS:** Nanocosmetics. Risk. Bioethics. Human Dignity. Civil Liability.

## INTRODUÇÃO

O ser humano alcançou a capacidade de manipular a nível atômico, e desta feita colocou a tecnologia a serviço da indústria, que movimentou vários setores de mercado nacional e internacional. Embora presente no cotidiano, muitos consumidores desconhecem essa tecnologia, portanto não alvitram os riscos provenientes dela. Entretanto, são nos produtos “inofensivos” aos olhos do consumidor que estão os maiores perigos. Nessa categoria estão os cosméticos, que são produtos de aplicação tópica com a finalidade de limpar, embelezar, perfumar e corrigir odores corporais. Mas, com a adição de ativos nanoencapsulados os produtos vão muito além dessa finalidade, podendo ocasionar acúmulo de substâncias no organismo ou até mesmo ultrapassar a barreira cutânea e alcançar os órgãos vitais.

A grande discussão, nesse ínterim, gira em torno da segurança desses produtos, uma vez que são inovadores e não existem ainda técnicas de testagem que atendam esses parâmetros. Entretanto, eles estão presentes no nosso cotidiano ainda que não exista regulação específica para eles. Esse quadro possibilita que as indústrias lancem no mercado produtos sem a devida preocupação. O que por si só já é grave e que se agrava potencialmente pela falta de exigência de informação, tanto nos rótulos como na divulgação, em face da incorporação de ativos de resultado futuro incerto.

Desse modo, o consumidor que vive na era da busca da juventude eterna é envolvido com os benefícios que esses produtos oferecem e sem saber estão frente à situação de hipossuficiência diante do mercado de infinitas possibilidades. Mas, aliado a essa tendência, também, há a preocupação por parte do consumidor em buscar informações sobre os produtos que consome, almejando uma vida mais saudável e longe de riscos.

Essas situações nos levam a refletir a respeito do liame que une o benefício do malefício do avanço tecnológico, bem como a condição de exposição dos seres humanos a riscos que os reduzem a meros instrumentos de testagem da ciência. Nesse contexto, surge a importância do olhar através da bioética, oportunizando que as necessidades sociais prevaleçam

diante dos interesses econômicos. Contudo, será que, em matéria de nanotecnologia, os princípios basilares dessa ética científica estão sendo suficientes? E quanto à dignidade humana estabelecida no corpo de nossa Constituição Federal? Estará ela sendo respeitada? São esses os questionamentos que permeiam o presente artigo.

O presente artigo, portanto, tem como objetivo fazer uma reflexão acerca do conceito de dignidade humana frente aos riscos oriundos da nanotecnologia com base nos conceitos da bioética. Com intuito de projetar a forma que o Judiciário utiliza para tratar os efeitos indesejados dos nanocosméticos, será analisado, assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo que está decidindo a respeito desse tema, em relação aos cosméticos que não utilizam essa tecnologia ou pelo menos não divulgam estar utilizando.

Como marco metodológico do presente estudo foi utilizado o método dedutivo, que parte da premissa geral do conceito de dignidade humana, bem como aplicada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

## 1 TECNOLOGIA NANO OPORTUNIDADE MACRO

O constante crescimento dos investimentos em nanotecnologia promete movimentar 45 bilhões de dólares no corrente ano, sendo que desse valor estima-se que 36 bilhões serão referentes aos nanomateriais (VILAVERDDE, 2017). Segundo o IBGE (2016, p. 71), das empresas com perfil inovador, 1,8% utilizam nanotecnologia tanto no processo produtivo quanto em seu setor de pesquisa e desenvolvimento. Em um primeiro olhar, o valor parece ser irrisório, no entanto, esse percentual representa novecentos e setenta e cinco unidades de empresa. Considerando o portfólio de cada uma delas é fácil de constatar que a nanotecnologia já ultrapassou a linha tênue existente entre a ficção e a realidade, passando-se assim a ser incorporada ao cotidiano. Jung, Artmann e da Rosa (2016, p. 558) destacam, nessa senda, que:

[...] em 2015, ocorreu, em São Paulo, a primeira e ainda única feira do Brasil voltada para o mercado de fornecedores de nanotecnologia e inovação. Destinada às empresas que utilizam tecnologia e inovação para seus produtos, a NanoTradShow tem como objetivo reunir fornecedores de nanotecnologia e inovação de todo o mundo, com visitas de universidades, pesquisadores e indústria, onde especula-se haverem sido realizados R\$11.000.000,00 (onze milhões de reais) em negócios [...]

O mercado cosmético, nesse ínterim, absorveu essa tecnologia trazendo um novo conceito para os seus produtos. Os chamados nanocosméticos são preparações às quais são adicionados ativos, situados na faixa nanométrica envolvidos em um sistema carreador, que podem ser nanocápsulas, nanoemulsões, lipossomas, dentre outros. Esses veículos tem a capacidade de modular a entrega do ativo encapsulado, com o objetivo de potencializar os seus efeitos, diminuir os odores -desagradáveis, permitir a liberação controlada de substâncias, aumentar a hidratação da pele, melhorar a estabilidade - que é o caso dos extratos vegetais que possuem alto poder de oxidação -, evitar interações entre substâncias que originalmente seriam incompatíveis (DAUDT; EMANUELLI; KÜLKAMP-GUERREIRO et al, 2013), ampliar a validade dos produtos, a segurança em termos de toxicidade e reduzir os impactos ambientais (GUTERRES, [S.d.], p. 12). Enfim, inúmeras diferentes estruturas que são utilizadas com diferentes finalidades, oportunizando, ao ramo cosmético, a possibilidade de alterar a condição inicial da matéria.

## 2 NANO: A TECNOLOGIA DO RISCO

A nanotecnologia foi criada no Japão com a finalidade de proporcionar uma vida melhor aos seres humanos (EUROPEAN). Entretanto, essa veio acompanhado de um cenário de incertezas, uma vez que trata da capacidade de manipular produtos na escala equivalente a bilionésima parte do metro (ENGERLMANN, 2016, p. 228), isto é, a partir do menor elemento: o átomo. Para que um produto possa ser considerado um nanomaterial esse deve conter partículas ou aglomerado de partículas com a superfície externa no tamanho entre 1nm a 100nm em 50% ou mais de sua composição (GUTERRES, [S.d.], p. 17). Destarte, apesar de não conseguirmos prever em longo prazo os efeitos da utilização de produtos dessa dimensão, as poucas pesquisas existentes sinalizam que os nanomateriais oferecem riscos não só a saúde humana como, também, ao meio ambiente (ENGELMANN, 2010, p. 658).

Desse modo, em que pese os nanocosméticos abarquem expectativas de um produto eficaz e seguro, em verdade se opera com substâncias que, nessas condições, podem apresentar toxicidade. Exemplificativamente, pode-se citar as partículas de difícil eliminação, como o dióxido de titânio, facilmente encontrado em filtros solares, e os pigmentos presentes, nos esmaltes, nas maquiagens e nas tinturas de cabelo. A princípio, o dióxido de titânio é considerado inerte se aplicado na superfície da pele, tanto que foi introduzido nas formulações cosméticas com o objetivo de aumentar a cobertura desses produtos (WILKINSON; MORRE, 1990, p. 320). Já os

pigmentos são produtos que, na grande maioria, possuem radicais derivados de fenol e tolueno, como por exemplo, o composto 2-amino-4-nitro-fenol que fornece a coloração alaranjada, muito utilizada na composição de tonalidades avermelhadas e cobreadas nas tinturas de cabelo. Esses compostos possuem alto potencial alergênico, portanto são os principais responsáveis pela irritação cutânea. Como os pigmentos são formados por partículas insolúveis e de difícil eliminação o uso prolongado poderá ocasionar toxicidade sistêmica. Por essa razão, nas embalagens das tinturas capilares consta a recomendação de testar o produto toda vez que o consumidor for usá-lo (WILKINSON; MORRE, 1990, p. 597).

Não obstante, essas substâncias são reduzidas a escala nanométrica e incorporados nos veículos carreadores (DAUDT; EMANUELLI; KÜLKAMP-GUERREIRO et al, 2013) que, de acordo com a sua finalidade, serão transportados a um local específico do organismo humano (ELIS; HAIDAMUS DE OLIVEIRA BASTO, 2014, p. 111). Porém, esse processo, de redução a nanoescala, apresenta algumas dificuldades técnicas que podem pôr em risco a segurança dessa tecnologia. Em alguns sistemas há dificuldade em padronizar o tamanho das partículas, como também de manter a estabilidade da estrutura formada que, ao fim e ao cabo, favorece a formação de outras estruturas coloidais (DAUDT; EMANUELLI; KÜLKAMP-GUERREIRO et al, 2013). Diante desse quadro, pode-se interpretar que essas estruturas, de apelo tecnológico, apresentam diversos riscos que poderão afetar a saúde dos seres humanos. Esses riscos são acentuados quando prospectamos a produtos de uso contínuo, como no caso dos cosméticos (ENGELMANN; HOHENDORFF; FRÖHLICH, 2015, p. 57).

Não obstante a utilização desses pela sociedade, há ainda a preocupação com as pessoas que participam do processo produtivo. Pessoas que estão em contato direto com a matéria prima nanoencapsulada. A redução das partículas confere a elas a capacidade de penetrar nas barreiras naturais do organismo, em particular através do contato com a pele machucada, por ingestão ou inalação. A respeito disso, um estudo chinês documentou, em agosto de 2009, duas mortes de mulheres que trabalhavam, durante dois anos, numa fábrica de tintas que utilizava nanopartículas, sem proteção. No tecido pulmonar foram encontradas partículas de diâmetro aproximado a 30 nanômetros, o que conferiu com as amostras colhidas pelas autoridades sanitárias, no interior da fábrica. Outras cinco mulheres foram afastadas com danos permanentes nos pulmões. Yugu Song, do departamento de medicina ocupacional e toxicologia do Hospital Chaoyang de Pequim, afirmou que “É impossível remover esses materiais uma vez que tenham penetrado nas células pulmonares” (REUTERS, 2009).

Tais fatos não nos causam surpresa, visto o potencial de toxicidade dos pigmentos supra. Apesar dos riscos dessa magnitude, as pesquisas continuam, as indústrias cada vez mais investem em inovações, tornando tais produtos ainda mais acessíveis ao consumidor, produtos esses oriundos de nanotecnologia.

Na sociedade capitalista, portanto, a vida se resume a relação de ganhar e perder (POPCORN; MARIGGOLD, 1997, p. 15), há produção social de riqueza, segundo Ulrich Beck (2010, p. 23), há também a produção social de riscos. Ganham as empresas, que faturam um montante elevado, e perdem os consumidores, cegos pela ânsia em alcançar a juventude eterna, que, sem tomarem ciência, absorvem os riscos dos avanços tecnológicos. Nessa relação de perdas e ganhos, a pergunta que paira no ar é: Qual o preço da dignidade humana?

### **3 DIGNIDADE HUMANA: O PREÇO DO INAPRECIÁVEL**

A ideia de dignidade humana acompanha o palmilhar histórico da humanidade, o que pode ser percebido nas obras de Aristóteles, Santo Agostinho, Boécio, Alcuino e Santo Tomás (BARRETTO, 2013, p. 64). Em sua origem representava essa uma condição de status social elevado. Isto é, que apenas alguns homens, considerados superiores, a possuíam. Entretanto, mesmo nos primórdios da sua concepção, a ideia de dignidade na tradição ocidental perpassa pela condição de status. Na obra *De Officiis*, do filósofo romano Cícero, associasse a ideia de dignidade à posição que os seres humanos ocupam no universo, e não na posição hierárquica que estão inseridos na sociedade, em outras palavras, a dignidade está associada a condição dos seres humanos serem detentores de dignidade pelo simples fato de serem humanos e não animais.

Contudo, foi com base no pensamento de Kant que foi construído o conceito de dignidade da contemporaneidade, Kant pensou a dignidade sob vários aspectos os quais estão dispostos nos textos *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Doutrina da Virtude*. Esses textos, lidos conjuntamente, expressam a concepção kantiana de dignidade (BARRETTO, 2013, p. 70).

Würde é o termo, em alemão, que designa dignidade. Deriva de Wert que significa valor ou mérito e serve de base para o que Kant (2009) designa como reino dos fins, presente no texto *Fundamentação da Metafísica*. Dentro dessa perspectiva, o autor faz a distinção de duas espécies de valor: os que podem ser substituídos; e os que estão acima de qualquer

preço por ser considerado um valor íntimo (ROSEN, 2015, p. 39). Nas palavras de Kant “[...] aquilo, porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor intrínseco, isto é dignidade [...]” (KANT, 2009, p. 77). Logo, segundo Kant, no reino dos fins tudo tem seu preço ou uma dignidade.

Já no texto *Doutrina da Virtude*, Kant (1985) traz a ideia de homem enquanto pessoa, ou seja, um sujeito de uma razão moralmente prática. Essa condição eleva-o a um patamar acima de qualquer preço, de tal sorte que é considerado um fim em si mesmo. Sob essa ótica, não pode esse ser instrumento para os fins de outros e nem mesmo para os seus próprios. Razão essa pela qual, é esse detentor de dignidade. Kant assevera que o homem por possuir dignidade se obriga a respeitar a si mesmo e aos outros, estabelecendo, assim, um patamar de igualdade entre os seres humanos (KANT, 1985, p. 108 e 109). Barretto (2013, p. 71) fala a respeito do texto de Kant que trata a dignidade como o diferencial que a pessoa possui em relação aos demais seres vivos, por ser essa um agente moral dotado de autonomia. Rosen (2015, p. 43), analisando Kant, aduz que a autonomia que Kant se refere, é a ideia de que a lei moral que nos obriga é determinada por nós mesmos. Portanto, a autonomia é entendida como o fundamento do valor incondicional da natureza humana: a dignidade (ROSEN, 2015, p. 40). Autonomia que é decorrente da racionalidade inerente aos seres humanos. No que toca especificamente a esse tema, Kant criou a expressão *Noumenon* utilizada para distinguir as experiências. O homem integra o mundo inteligível por ser dotado de razão. Sob esse ponto de vista é considerado um noumeno - *homo noumenon* - ou seja uma coisa em si mesmo (BARRETTO, 2013, p. 72).

Outra questão suscitada por Kant, na busca por um conceito para a dignidade, é o tema moralidade. Relacionada com o agir moral segundo a autonomia de vontade e liberdade dos seres humanos. Nas palavras de Kant (2009, p. 84) “[...] relação das ações com a autonomia de vontade, isto é, com a legislação universal possível de suas máximas [...]”. A legislação universal a qual o autor se refere é a lei moral. Válida, sem distinção, para todos os seres dotados de racionalidade, o que confere o seu caráter universal (BARRETTO, 2013, p. 54). Todas essas máximas compõe a ideia kantiana de dignidade, como pode ser observado na síntese apresentada por Barretto (2013, p. 73):

Dessa forma Kant chega a definição de dignidade como sendo o resultado de uma sequência que se inicia em considerar pessoa como um

ser racional para chegar definir pessoa como ser dotado de autonomia na liberdade. A dignidade humana para Kant consiste, assim, na faculdade que tem a pessoa de estabelecer leis universais de comportamento as quais ela própria deve submeter-se. Em cada pessoa reside, portanto, a humanidade, que se constitui no objeto de respeito a ser exigido de todos os outros homens.

Destarte, percebe-se que Kant realizou um papel histórico importante ao relacionar a dignidade com a ideia de valor intrínseco e incondicional, que todos os seres humanos possuem (ROSEN, 2015, p. 30), que perpassa o palmarium histórico da humanidade servindo como base para vários textos internacionais da atualidade, tais como, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no âmbito internacional, editada no ano de 1949 e, no âmbito nacional, o texto da Constituição de 1934, mais especificadamente em seu Art. 115, que fez referência “a todos existência digna” (KUMAGAI; MARTA, 2010, p. 7). No entanto, foi apenas com o advento da Constituição de 1988, que a dignidade passou a ser referência obrigatória na cultura jurídica brasileira (BARRETTO, 2013, p. 64), por referência direta a Kant, mais especificadamente, na ideia de que os homens devem ser tratados como um meio em si mesmos e não como instrumentos para um determinado fim, que foram delegados esforços para transpor a ideia de dignidade como princípio das decisões judiciais (ROSEN, 2015, p. 30).

Todavia, a falta de reflexão crítica baseado nos fundamentos éticos-filosóficos, acerca desse tema, promove o seu uso indiscriminado o que termina por legitimar as mais diversas teorias (BARRETTO, 2013, p. 63). A dignidade humana, por vezes, é assim confundida com direitos humanos. Ambos referem-se à dimensão humana do cidadão, mas precisamos entender que a dignidade é algo maior, ela está relacionada com a humanidade que se encontra em todos os indivíduos e não com o indivíduo em si. Sobre o tema discorre Barretto que (2013, p. 64 e 65):

[...] a dignidade humana encontra-se fora da esfera conceitual onde se encontram definidos os direitos humanos. Assim, podemos concluir como a dignidade humana, na sua acepção jurídica, não pode ficar restrita a campos definidos pelo direito positivo, mas pressupõe para a sua materialização jurídica perspectivas mais amplas do que permite o espaço jurídico positivado.

Já os direitos humanos são os direitos que competem a todos os seres humanos como tal, independente das circunstâncias pessoais, políticas ou históricas (BARRETTO, 2013, p. 62). Esses direitos estão, intimamente,

relacionados com a defesa da liberdade do indivíduo, frente aos abusos do exercício do poder, precipuamente, do Estado (BARETTO, 2013, p. 66). Nessa senda, é curioso destacar as conclusões de Feio (2010, p. 758), que aduz a respeito desses abusos do exercício de poder serem provenientes do mesmo Estado que tem o dever de proteger as pessoas contra danos que, outros particulares, possam produzir. Em matéria de nanotecnologia, portanto, o Estado falha. Primeiramente, pela falta de regulação. Para melhor entendimento, retomemos os ensinamentos de Barreto (2013, p. 54) que aduz, ao interpretar Kant, que:

A ausência de moralidade implica que cada um aja segundo as suas próprias inclinações, pois o homem, além do mundo inteligível, faz parte do mundo sensível, o que o torna suscetível a paixões e inclinações diversas, ou seja segundo as leis que não podem ser universalizáveis, [...].

Portanto, se trocarmos apenas uma palavra, moralidade por lei, temos o reflexo da sociedade capitalista, sem legislação que regule as “inclinações” dos homens. No Brasil, a Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA - tem a responsabilidade de regular e aprovar a entrada de cosméticos no mercado, todavia, até o presente momento não temos nenhuma norma que trate de produtos contendo ativos nanoencapsulados. Entretanto, por meio da Portaria nº 1.358, do Diretor Presidente, criou-se o Comitê Interno de Nanotecnologia, com o objetivo de estabelecer normas para avaliação e controle desses produtos (ENGELMANN; HOHENDORFF; FRÖHLICH, 2015, p. 51). Logo, têm-se que produtos dessa categoria estão sendo tratados igualmente aos cosméticos, que não possuem essa tecnologia, o que não condiz com o rigor observado pela ANVISA na liberação de cosméticos.

Os cosméticos só podem ser comercializados mediante notificação ou registro. O que difere um do outro é o grau de risco que apresentam. Produtos de risco mínimo são classificados como grau de risco 1. A responsabilidade desses produtos passa a ser do fabricante que através de uma notificação on-line, na página da ANVISA, fica autorizado a comercializa-los. Já os produtos que apresentam risco em potencial, são classificados como grau de risco 2. Nesse caso, faz-se necessário que a empresa apresente os ensaios e estudos científicos que comprovem a validade, a eficácia e a segurança do produto em exame. A partir da avaliação e aprovação desse órgão é que o produto recebe o número de registro a ser publicado no Diário Oficial da União. Desta feita liberado para comercialização (RITO; PRESRAVE; ALVES et al, 2014, p. 45).

Percebe-se, desse modo, que há preocupação com os riscos que os produtos apresentam à saúde humana, todavia, conforme observa-se na análise supra realizada, considerando que alguns produtos tidos como inertes, na sua configuração natural, são considerados tóxicos na escala nano. É fácil se constatar que, apenas com a classificação do ativo, o produto nanoencapsulado entraria no grau 1 de notificação, dessa forma expondo o consumidor a riscos impensáveis

O tratamento não é diverso quando o assunto é medicamentos, como a preocupação com esses é maior, por se tratar de um produto de uso interno, foi editada a Resolução RDC M/S ANVISA nº 136/03, para medicamentos que possuam alteração na forma farmacêutica, contudo essa não faz menção específica a nanotecnologia (BATISTA; PEPE, 2014, p. 05). Ainda, sobre o tema medicamentos, outra questão há de ser levantada, qual seja, o fato de o consumidor encontrar-se em um estado de vulnerabilidade face a falta de informação quanto ao uso dessa tecnologia, tal questionamento pode ser observado nas preocupações de Ariane Batista e Vera Pepe (2014, p. 05):

Outro agravante é a falta de uma identificação clara na bula desses produtos quanto às suas constituições nanotecnológicas, mesmo naqueles que foram registrados como medicamentos novos. [...]. As embalagens também não indicam claramente tratar-se de um medicamento nanotecnológico. Ressalta-se, portanto, que devido à dificuldade de encontrar informações sobre a presença de constituintes manométricos e a não referência a esta característica quando do registro do medicamento, limitou-se a busca, podendo haver outros registros não identificados.

A falta de informação, portanto, é um problema que atinge não só a seara dos medicamentos como asseverado, mas também a cosmética. Entretanto, o grau de importância dessa última é preponderante, tanto que compõe, juntamente com outros direitos, à categoria de direito fundamental previsto no Art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, que encontra-se também presente no Código de Defesa do Consumidor.

É fato que o consumidor não tem o conhecimento técnico do fornecedor, nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a condição de vulnerabilidade do consumidor ante o fornecedor. Como pode ser observado no Título II, Art. 4º. Ao estabelecer a posição de vulnerabilidade, o legislador fez referência direta às questões abordadas no presente estudo, quais sejam: a dignidade; a saúde; a segurança; e a

transparência. A transparência remete a ideia de informação que, ao lado da liberdade de escolha e da segurança contra os riscos, compõe o rol dos direitos básicos do Consumidor, preconizado pelo Art. 6º, do mesmo diploma legal. O legislador, igualmente, foi criterioso quanto a questão de salvaguardar o direito à informação, visto que estabeleceu requisitos a serem observados pelo fornecedor, entre eles a informação correta da composição do produto, vide Art. 31, do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa senda, segundo Marques, Benjamin e Miragem (2010, p. 247), o consumidor ao obter informação exerce escolha consciente quanto aos produtos que pretende adquirir. Sob essa ótica, são preservados os direitos do consumidor e garantidos os direitos constitucionais de dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o direito à informação.

A dignidade da pessoa humana é assim o principal instrumento contra o risco à desumanização proveniente do avanço desenfreado da tecnociência e do mercado (BARRETTO, 2013, p. 66), uma vez que, as modificações, experimentadas pela sociedade, fomentam a precarização da autonomia dos seres humanos que, sem tomarem ciência, passam a ser manipulados como “coisa” (FRAGA, 2010, p. 677). Nessa linha de compreensão, Luc Ferry (2009, p. 49) comenta que “[...] trata-se de saber como um ser cuja essência é transcender qualquer determinação particular pode se construir ao longo do tempo sem se tornar alguma coisa e se perder a si mesmo na reedificação [...]”.

Esse contínuo progresso da técnica, no qual o ser humano está inserido, superando-se a si mesmo, em direção a resultados cada vez maiores (JONAS, 2006, p. 43), resulta na capacidade de interferir e controlar sua própria evolução (ELIS; HAIDAMUS DE OLIVEIRA BASTO, 2014, p. 114). Destarte, a tecnologia ocupa, subjetivamente, um lugar central nos fins da vida humana, razão pela qual assume um caráter ético. Na medida em que, nas palavras de Hans Jonas (2006, p. 44) “[...] o homem atual é cada vez mais o produtor daquilo que ele produziu e feitor do que pode fazer; mais ainda, é o preparador daquilo que ele, em seguida, estará em condição de fazer [...]” o valor relevante da responsabilidade passa, assim, a ser determinado muito mais pelo futuro incerto do que pela ação do presente. Nesse sentido, Jonas enfatiza, ainda, a importância de a moralidade adentrar na esfera do agir.

Moralidade, conforme análise supra, expressa-se portanto pela estrita relação entre autonomia de vontade e liberdade, tida como condição da dignidade humana. Em matéria de tecnologia, o desafio da

contemporaneidade é justamente estabelecer a coexistência entre a liberdade de criar com a dignidade da pessoa humana (ELIS; HAIDAMUS DE OLIVEIRA BASTO, 2014, p. 114).

É nesse quadro gizado com riscos, incertezas frente ao avanço tecnológico que surge a bioética, com o objetivo de estabelecer essa relação de coexistência, preservando os princípios e valores morais das condutas humanas, sobretudo a dignidade, conjuntamente com os direitos humanos. A dignidade constitui a base dessa ética, voltada para as ciências biológicas, visto que o ser humano é o destinatário final da ordem social e jurídica (MONTOLLI; FRÖES, 2010, p. 624).

A liberdade no campo da bioética é entendida com autonomia. Roupagem essa que compõe um dos quatro pilares básicos dessa ética, a saber: Autonomia; Beneficência; a não Maleficência; e a Justiça (ANDORNO, 2009, p. 76). Três desses princípios compõe o Relatório de Belmont, editado em 1978 e resultado dos estudos da “Comissão Norte-Americana para a proteção da Pessoa Humana na pesquisa Biomédica e Comportamental” (BARRETTO, 2013, p. 280).

A palavra autonomia, nesse ínterim, é de origem grega e significa “dar normas a si mesmo”, transpondo para o campo da bioética, é o reconhecimento do ser humano como “pessoa” e por consequência capaz de determinar quais tratamentos deseja ou não ser submetido (ANDORNO, 2009, p. 76). Portanto, a autonomia está intimamente ligada ao valor mais amplo da dignidade humana, refletindo assim a afirmação moral de que a liberdade de cada ser humano deve ser salvaguardada (BARRETTO, 2013, p. 280). Hodiernamente, a autonomia, no âmbito da bioética, é evidenciada sob a forma de consentimento informado, termo esse utilizado nas relações médico-paciente que impõe o dever ao médico de informar ao paciente, de forma clara, os riscos e as técnicas do tratamento que lhe é proposto. Oportunizando, assim, a livre escolha do paciente em aderir ou não tal intervenção (ANDORNO, 2009, p. 76).

É inegável asseverar que a autonomia, nessas relações, garante a condição de “pessoa” e não de objeto da atividade clínica e da ciência, contudo, como a ciência constitui uma das mais elevadas expressões do conhecimento humano, a liberdade deve gozar de maior flexibilidade, para que possa avançar nos diversos campos em que atua, todavia, isso não importa dizer que a atividade científica tem uma liberdade absoluta, em outras palavras, que lhe autorize transpor a ética e o respeito à dignidade humana (ANDORNO, 2009, p. 77 a 79).

O princípio da beneficência, por sua vez, está relacionado com o reconhecimento moral do outro, portanto surge o dever de visar o bem do paciente e mesmo contra a sua vontade preservar o bem maior da vida (BARRETTO, 2013, p. 280). O princípio da não maleficência, nessa senda, decorre do princípio da beneficência, na medida em que devemos promover o bem também temos o dever de não causar dano desnecessário a outrem, ou seja a não realização do mau (CLOTET, 2003, p. 180). Já o princípio da justiça ou da equidade, de acordo com os ensinamentos de Barretto (2013, p. 280) é aquele que “[...], estabelece que a norma reguladora, deve procurar corrigir, tendo em vista o corpo-objeto do agente moral, a determinação estrita do texto legal [...]”.

Nessa esteira, cada princípio evoca um elemento diferente, que só fazem sentido quando interpretados ante aos agentes envolvidos: a autonomia, referida ao indivíduo; a beneficência e a não maleficência referida ao médico ou a ciência; a justiça referida ao Estado (BARRETTO, 2013, p. 282). Entretanto, se aplicados separadamente podem ensejar situações injustas, pois, cada um deles pode ser entendido como superior ao outro, em outra toada, não poderiam esses serem aplicados, conjuntamente, sem a devida diferenciação, o que no pensar de Barretto (2013, p. 281) “[...] acarretaria em um processo de paralização mútua do processo decisório [...]”.

A responsabilidade civil, desse modo, é um meio de retomar os atos que, no curso de uma atividade econômica, coloquem em risco a dignidade da pessoa (FEIO, 2010, p. 758), ante ao vácuo normativo do período de latência entre a introdução da nanotecnologia e a avaliação dos seus efeitos a longo prazo. Nessa senda, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem decidido de forma incondizente com as questões aqui levantadas, isto é, que versem a respeito de danos causados aos consumidores, pelo uso de produtos cosméticos que, a priori, não utilizam nanotecnologia.

Em análise aos julgados do referido Tribunal, no período que compreende entre 2012 a 2017, os produtos cosméticos objetos de ação indenizatória foram: cremes clareadores de manchas; cremes rejuvenescedores; desodorantes; alisadores capilares; e tinturas de cabelo. Em todos os casos as decisões foram favoráveis aos produtores, sob o principal argumento de que a falta de comprovação do nexo de causalidade, conforme pode ser observado na ementa subscrita:

Indenização por danos morais e materiais – Uso de cosmético clareador no rosto – Manchas que apareceram na autora após a utilização do

creme – Não comprovação de defeito do produto – Provas insatisfatórias donexo causal entre o dano alegado e o uso do produto – Sentença que analisou corretamente as questões suscitadas e avaliou com propriedade o conjunto probatório, dando exato deslinde ao litígio – Recurso improvido. (Apelação Nº 9095043-30.2008.8.26.0000, Sétima Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator(a): Miguel Brandi, Data do Julgamento: 07/11/2012) (BRASIL, 2012)

No relatório da referida decisão, consta que, após a autora aplicar o produto, no período da noite, sentiu dores fortes semelhantes a queimaduras. De pronto buscou atendimento no hospital. Foi constatado possível quadro alérgico. Por consequência, a autora procurou a ré, que informou nos autos haver indicado um médico para realizar o tratamento, com resultado ineficaz. Ocorreu, então, a propositura da ação, face não haver tido reparação, na seara extrajudicial, a qual foi julgada improcedente, à falta de comprovação do nexode causalidade. Nesse ínterim, é importante destacar que mesmo quando há a comprovação do nexocausal, o Poder Judiciário tem julgado de forma improcedente os pedidos do consumidor, com o argumento de que o órgão regulador – ANVISA – tomou todas as decisões relacionadas à segurança cabíveis:

INDENIZAÇÃO – Danos morais decorrentes de reação alérgica verificada após uso de cosméticos – Comprovada, contudo, a ausência de defeito de fabricação – Laudo pericial a demonstrar que produtos estão devidamente registrados na Anvisa e não oferecem risco à saúde dos consumidores – Hipótese legal de exclusão de responsabilidade da ré configurada – Embalagens, ademais, que fornecem informações claras e adequadas sobre os componentes dos produtos, o modo de usar e as precauções necessárias – Improcedência mantida – RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação Nº 0062593-68.2010.8.26.0114, Décima Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator(a): Elcio Trujillo, Data do Julgamento: 03/05/2016) (BRASIL, 2016)

Não é errado lançar mão desse recurso, haja vista que estudos comprovam que o consumidor estabelece um grau de confiança, em relação à segurança, dos produtos que adquirem quando passam pelo crivo do órgão regulador. Acreditam esses, ainda, que no caso de produtos nocivos, é o Estado que deve fazer o controle. Portanto, se estão disponíveis ao consumidor é porque são seguros (THRONE-HOLST; STRANDBAKKEN, 2009, p. 05). Todavia, essa não é a realidade encontrada no ramo dos cosméticos, eis que os nanocosméticos estão infiltrados no mercado consumerista, desde 1995, quando a Lancôme, a divisão de luxo da L’Oreal, lançou o primeiro

produto, seguida por empresas de renome internacional, a Shichedo e a Chanel. No Brasil, isto fora realizado no ano de 2005, com a introdução desses pela empresa O Boticário (ENGELMANN; HOHENDORFF; FRÖHLICH, 2015, p. 42 e 43). Atualmente, a nanotecnologia está presente em quase todas as formulações cosméticas, em xampus, filtros solares, maquiagens, dentre outros (ENGELMANN; HOHENDORFF; FRÖHLICH, 2015, p. 40) e muitos consumidores ainda desconhecem essa tecnologia.

Cabe aqui ressaltar a indagação feita por Feio (2010, p. 758), “[...] até que ponto o mercado econômico pode ditar as regras do jogo em matéria dos usos e abusos das novas tecnologias?”. É sob esse aspecto que, atualmente, podemos afirmar que a dignidade tem pago um preço alto, diante da busca pelo contínuo progresso da técnica. Contudo, não existe um caminho de volta para o desenvolvimento, resta, pois, alcançar um equilíbrio entre o ser humano e a tecnologia, capaz de minimizar os efeitos deletérios que acompanham o seu progresso (FRAGA, 2010, p. 691).

Não importa por qual ângulo seja analisada essa questão, a resposta para alcançar esse equilíbrio orbita em torno da lei moral universal, ditada por Kant, que considera o homem como um fim em si mesmo, nas palavras de Barretto (2013, p. 54) ao deslindar Kant “[...] lei moral [...], só em obediência a ela é que os homens podem coexistir livremente, na medida em que a liberdade de um encontra obstáculo na liberdade de outro em seu uso externo [...]”. É nessa medida que a ciência, as empresas, e o Estado, cada qual no seu âmbito de atuação, devem respeitar a liberdade e a autonomia de vontade do ser humano, garantindo assim sua dignidade.

#### 4 CONCLUSÃO

No Brasil o mercado cosmético é incontestavelmente promissor. Em busca de atender ao consumidor, cada vez mais exigente, absorve rapidamente as novas tecnologias. Entretanto, o avanço da ciência e da tecnologia trazem questionamentos éticos, acerca dos riscos aos quais os seres humanos estão expostos. Na teoria o nanocosmético é a promessa de produto seguro e eficaz. Todavia, o estudo demonstrou que a capacidade de manipular a nível molecular modifica as propriedades físicas, químicas e biológicas das substâncias ativas. Ao mesmo tempo em que melhoram suas propriedades, também podem transformar as substâncias, inicialmente consideradas inertes, em substâncias nocivas ao organismo humano.

Destarte, a preocupação versa nos ativos que, na origem, já apresentam efeitos adversos – como no caso dos pigmentos – variando

desde uma simples alergia à toxicidade sistêmica. A preocupação, ainda, pode ser estendida aos trabalhadores que tem contato direto com esses ativos. Essa situação de incerteza, frente aos riscos futuros, colocam o ser humano na posição de fragilidade ante a dignidade humana. Bem maior que acompanha os humanos desde os primórdios da civilização e que evoluiu até o conceito proposto por Kant.

Apesar de a dignidade estar expressa na nossa Constituição Federal e em diversos textos internacionais, em matéria de nanocosmético não está sendo respeitada essa, face os preceitos ditados por Kant. Primeiramente, pela falta de legislação. Apesar dos esforços do órgão que regulamenta a entrada de cosméticos no mercado – ANVISA – até o presente momento não temos nenhuma norma que trate de produtos contendo ativos nanoencapsulados. Desta feita, esses produtos recebem o mesmo tratamento, ao nível de registro, dos cosméticos que não contém essa tecnologia. Sabedora dos riscos que produto de aplicação tópica podem ter, a ANVISA, classifica-os de acordo com os riscos que podem apresentar, sendo que os produtos de menor risco a responsabilidade recai para o fabricante. Logo, se imaginarmos que, em alguns casos, ativos considerados inofensivos na sua composição normal ao serem levados a escala nano podem apresentar toxicidade, não é difícil admitir que se tratados como cosméticos normais estão enquadrados na categoria de menor risco, e portanto, sob a responsabilidade do fabricante.

Tais fatos, além disso, podem ser agravados pela falta de exigibilidade da informação ao consumidor a respeito de estar utilizando produtos com risco potencial. Esse direito não é tão amplo como o da dignidade que acaba por abarcar e fundamentar as mais variadas teses e decisões judiciais. O direito à informação é especificado no Código de Defesa do Consumidor que reconhece a vulnerabilidade dele frente ao fabricante e por essa razão compete o dever de disponibilizar toda e qualquer informação a respeito do produto, principalmente em relação a riscos, segurança e toxicidade com o intuito de possibilitar a livre escolha por parte do consumidor de adquirir ou não esses produtos. O legislador foi criterioso em salvaguardar esse direito, pois através dele é promovida a escolha consciente que termina por resguardar a dignidade do ser humano.

A dignidade, por sua vez, é o meio de proteção dos seres humanos contra os riscos à desumanização decorrente do avanço desenfreado da tecnologia associados à sociedade capitalista a qual estamos inseridos. Isto porque, situações que acompanham o avanço tecnológico criam um espaço de latência entre a criação e o conhecimento dos riscos que dificultam a

autonomia de vontade e a liberdade do consumidor em realizar a escolha consciente. Fato que, sem tomar ciência, acaba por se perder a si mesmo na retificação.

Pode-se constatar, portanto, que a capacidade de criar do ser humano é ilimitada chegando ao patamar de interferir e controlar sua própria evolução, e nesse sentido se faz importante estabelecer um limite que só a ética e o respeito a humanidade que existem em cada um de nós pode impor. Nesse sentido, a moralidade caminha lado a lado com a evolução tecnologia.

Assim, quando transcendemos a esfera dogmática para o mundo fático, percebemos que o fabricante de cosméticos ocupa uma posição confortável que facilita a disponibilização de produtos com risco promissor. Dado que a responsabilização civil, ante os efeitos deletérios dos seus produtos é praticamente nula, devido à dificuldade de comprovação do nexo de causalidade associado a confiança que o Poder Judiciário deposita no sistema de registro da ANVISA, o qual, em análise supra, restou ineficiente no que tange aos nanocosméticos. Portanto, tendo em vista todo exposto, conclui-se que estamos “surfando”, na condição de objeto, nas ondas do mercado nanotecnológico. Enquanto não encontramos uma solução para as questões propostas no presente estudo, a solução está nos ensinamentos de Kant: considerar o ser humano um fim em si mesmo.

## REFERÊNCIAS

- ANDORNO, R. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, J.; MÖLLER, L. L. (Orgs.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BARRETTO, V. P. *O Fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. revisada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BATISTA, A. J. S.; PEPE, V. L. E. Os desafios da nanotecnologia para a vigilância sanitária de medicamentos. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 7, p. 2105-2114, jul. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232014000702105&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232014000702105&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 14 Nov. 2017.
- BECK, U. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 34. ed. São Paulo: 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação N° 0062593-68.2010.8.26.0114*, da Décima Câmara de Direito Privado. Relator(a): Des. Elcio Trujillo. São Paulo, 03 de maio de 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9443788&cdForo=0>>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação N° 9095043-30.2008.8.26.0000*, da Sétima Câmara de Direito Privado. Relator(a): Des. Miguel Brandi, São Paulo, 07 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=2974AB20A618278B8F792D91184E60DF.cjsg2>>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

CLOTET, J. P. *Bioética uma aproximação*. Porto Alegre: PUC-RS, 2003.

DAUDT, R. M.; EMANUELLI, J.; KÜLKAMP-GUERREIRO, I. C.; POHLMANN, A. R.; GUTERRES, S. S. A nanotecnologia como estratégia para o desenvolvimento de cosméticos. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 65, n. 3, p. 28-31, Jul. 2013. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0009-67252013000300011&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252013000300011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

ELIS, E. G. C. H.; HAIDAMUS DE OLIVEIRA BASTO, P. R. NANOTECNOLOGÍA: PROGRESO CIENTÍFICO, MATERIAL, GLOBAL Y ÉTICO. *Persona y Bioética*, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 107-118, nov. 2014. Disponível em: <<http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/3807>>. Acesso em: 14 nov. 2017

ENGELMANN, W. As nanotecnologias como um exemplo de inovação e os reflexos jurídicos no cenário da pesquisa e inovação responsáveis (responsible reserach and innovation) e das implicações éticas, legais e sociais (ethical, legal and social implications). In: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2016. p. 227-247.

ENGELMANN, W. Direitos bio-humano-éticos: Os humanos buscando 'direitos' para proteger-se dos avanços e riscos (desconhecidos) das nanotecnologias. In: *ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 19, 2010, Fortaleza. Conpedi Biodireito. Florianópolis: CONPEDI, 2010. p. 656-668.

ENGELMANN, W.; HOHENDORFF, R.; FRÖHLICH, A. V. K. Das Nanotecnologias aos Nanocosméticos: Conhecendo as novidades na escala

nanométrica. In: ENGELMANN, Wilson (Org.). *Nanocosméticos e o Direito à informação*. Erechim: Deviant, 2015. p. 16-154.

European Technology Platform on Nanomedicine. Disponível em: <<http://www.etp-nanomedicine.eu/public>>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

FEIO, K. V. G. Biotecnologia e os direitos fundamentais: uma análise a partir de Habermas. In: *ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 19, 2010, Fortaleza. Conpedi Biodireito. Florianópolis: CONPEDI, 2010. p. 756-764.

FERRY, L. *A nova ordem ecológica: Árvore, o animal, e o homem*. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

FRAGA, I. O. A “coisificação” do humano nas práticas biotecnológicas como herança da modernidade. In: *ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 19, 2010, Fortaleza. Conpedi Biodireito. Florianópolis: CONPEDI, 2010. p. 676-698.

GUTERRES, S. S. *O Estado da arte da nanotecnologia no Brasil e o seu Desenvolvimento no setor de cosméticos*. Nanometrologia: painel setorial de cosméticos do Imetro. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <[http://inmetro.gov.br/painelsetorial/palestras/nanotecnologia\\_p\\_1.pdf](http://inmetro.gov.br/painelsetorial/palestras/nanotecnologia_p_1.pdf)>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

IBGE. *Pesquisa de inovação tecnológica 2014*. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv99007.pdf>>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

JONAS, H. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

JUNG, P. E. N.; ARTMANN, M.; DA ROSA, M. E. L. Nanotecnologia: uma análise frente aos conceitos de inovação e adaptação ambiental e sua evolução normativa nos âmbitos nacional e internacional. In: HUPFFER, H. M.; WEYERMÜLLER, A. R. (Orgs.). *Direito 10: novas perspectivas do direito*. Novo Hamburgo: Feevale, 2016. p. 551-569. Disponível em: <<http://www.feevale.br/institucional/editora-feevale/direito-10-novas-perspectivas-do-direito>>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

KANT, I. *Doutrine da la Vertu*. Tradução de A. Philomenko. Paris: Librairie Philosophique, 1985.

KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial e Editora Barcarolla, 2009.

KUMAGAI, C.; MARTA, T. N. Princípio da dignidade da pessoa humana. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7830](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830)>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGE, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTOLLI, C. Â.; FRÖES, I. A. E. Biodireito e teoria da justiça: a construção de um novo paradigma bioético em face aos avanços da sociedade tecnocientífica: o jardineiro fiel, uma narrativa. In: *ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 19, 2010, Fortaleza. Conpedi Biodireito. Florianópolis: CONPEDI, 2010. p. 615–629.

POPCORN, F; MARIGGOLD, E. *Click: 16 tendências que irão transformar sua vida, seu trabalho e seus negócios no futuro*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

REUTERS. Estudo chinês documenta mortes por nanotecnologia. *Estadão*, 19 ago. 2009. Disponível em: <<http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,estudo-chines-documenta-mortes-por-nanotecnologia,421451>>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

RITO, P. N.; PRESGRAVE, R. F.; ALVES, E. N.; VILLAS BÔAS, M. H. S. Perfil dos desvios de rotulagem de produtos cosméticos analisados no Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde entre 2005 e 2009. *Vigilância Sanitária em Debate: Sociedade, Ciência & Tecnologia*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 44–50, ago. 2014. Disponível em: <<https://visaemdebate.incqs.fiocruz.br/index.php/visaemdebate/article/view/199>>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

ROSEN, M. *Dignidade: sua história e significado*. São Leopoldo: Unisinos, 2015.

THRONE-HOLST, H.; STRANDBAKKEN, P. “Nobody Told Me I was a Nano-Consumer”: How Nanotechnologies Might Challenge the Notion of Consumer Rights J Consum Policy. *Journal of Consumer Policy Consumer Issues in Law, Economics and Behavioural Sciences*, [S.l.], v. 40, n. 32, p.393–402, 2009. Disponível em: <<http://link.springer.com/journal/10603>>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

VILAVERDDE, L. O mercado global em nanomateriais deve chegar a 36 bilhões em 2017. *Jornal da Ciência*, 09 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/edicoes/?url=http://jcnoticias.jornaldaciencia.org.br/5-investimento-global-em-nanomateriais-deve-chegar-a-36-trilhoes-em-2017/>>. Acesso em: 14 Nov. 2017.

WILKINSON, J.B; MORRE, R.J. *Cosmetologia de Harry*. Madri: Díaz de Santos, 1990.

RECEBIDO EM: 16/11/2018

APROVADO EM: 08/08/2019

# **O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SOB A ÓTICA DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS: A SOLUÇÃO CONSTITUCIONAL AO CONFLITO DOS PRINCÍPIOS DE ORDEM ECONÔMICA E AMBIENTAL**

***THE RIGHT TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT UNDER  
THE PRINCIPLES OF REGULATION: THE CONSTITUTIONAL  
SOLUTION TO THE CONFLICT OF PRINCIPLES OF  
ECONOMIC ORDER AND ENVIRONMENTAL***

*Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira*

*Doutora em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC.*

*Professora na Universidade Federal Rural do Semi-Árido - UFERSA.*

**SUMÁRIO:** 1 A Constituição enquanto reflexo de valores da sociedade no tempo; 2 Os princípios na ordem constitucional; 2.1 Os princípios de ordem econômica; 2.2 Os princípios de ordem ambiental; 3 Direito ao desenvolvimento ; 3.1 O meio ambiente e o desenvolvimento: paradigmas contrapos-tos?; 3.2 Desenvolvimento como solução ao conflito normativo entre princípios de proteção ao meio ambiente e à ordem econômica; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo visa a analisar o desenvolvimento enquanto fundamento da República Federativa do Brasil como um princípio resultante da colisão de outros atinentes à ordem econômica e os de proteção ao meio ambiente. Por meio de uma abordagem descritiva, com pesquisa bibliográfica e documental, será analisada a importância do desenvolvimento ante à atividade planejadora do Estado, tendo como importante vetor a redução das desigualdades regionais com a promoção do desenvolvimento. A partir da concepção do desenvolvimento como princípio que alia a ordem econômica e ambiental, busca-se traçar a base principiológica da Constituição e a efetividade destas espécies normativas, tema que ainda é considerada uma árdua tarefa ao jurista. A partir da análise jurídica do desenvolvimento, e filiando-nos à corrente de que este só ocorre aliado à noção de sustentabilidade, acredita-se que quando se promove o fomento ao desenvolvimento da economia, visando à livre concorrência, à livre iniciativa, ao empreendedorismo, especialmente no planejamento das ações estatais, tem-se a proteção ao meio ambiente, das zonas de proteção ambiental e de todo o ambiente, seja ele natural ou urbano, efetivando, assim, o fundamento constitucional do princípio do desenvolvimento. E é neste desiderato que o presente estudo busca conciliar a atuação dos princípios de ordem ambiental e de ordem econômica sob o prisma do desenvolvimento, encarando este como uma direção à ser considerada quando da efetivação do planejamento do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desenvolvimento. Conflito. Princípios. Ordem Econômica. Ordem Ambiental.

**ABSTRACT:** The present article aims to analyze the development as the foundation of the Federative Republic of Brazil as a principle resulting from the collision of others related to the economic order and those of protection to the environment. Through a descriptive approach, with bibliographical and documentary research, the importance of development will be analyzed before the planning activity of the State, having as important vector the reduction of regional inequalities with the promotion of development. From the conception of development as a principle that combines the economic and environmental order, it seeks to outline the principiological basis of the Constitution and the effectiveness of these normative species, a subject that is still considered an arduous task to the jurist. Based on the legal analysis of development, and joining the current that this only occurs allied to the notion of sustainability, it is believed that when promoting the development of the economy, aiming at free competition, free initiative, entrepreneurship, especially in the planning of state actions, we have the protection of the environment, of

environmental protection zones and of the whole environment, whether natural or urban, thus effecting the constitutional foundation of the development principle. And it is in this desiderato that the present study seeks to reconcile the performance of the principles of environmental and economic order under the prism of development, facing this as a direction to be considered when the planning of the State.

**KEYWORDS:** Development. Conflict. Principles. Economic Order. Environment Order.

## **1 A CONSTITUIÇÃO ENQUANTO REFLEXO DE VALORES DA SOCIEDADE NO TEMPO**

A vida em sociedade exige organização de seus mais variados aspectos: econômico, social, ambiental dentre outros. Da ideia de abrir mão de parcela de autonomia em busca de um ambiente em que estes fatores sejam equilibrados surge o que se entende por Estado moderno com todas as suas variações ideológicas. É daí que advêm a idéia de compilação de leis, de um corpo de normas ordenados destinados a reger a vida do cidadão. Em uma abordagem do pensamento moderno, temos o contrato social propugnado pelo teórico Rousseau (1997), o qual defendia a idéia de a sociedade, enquanto detentores do Estado em si, fazer um pacto com membros da própria sociedade escolhidos para representa-los e outorga-lhes poderes para conduzir a sociedade.

Com o moderno conceito de Constituição em meio a um Estado Liberal engloba preceitos de não intervenção do Estado na esfera individual do cidadão, imperando o livre arbítrio especialmente no setor econômico, a fim de que a economia de mercado se regesse por si só; o Estado só deveria interferir quando fosse imprescindível à manutenção da ordem e dos imperativos nacionais. Com o tempo, o aspecto social foi levado em consideração, em especial a partir do advento da Constituição Mexicana e da Alemã, a Constituição de Weimar, que passou a apreciar os aspectos inerentes aos cidadãos enquanto membros de uma coletividade. Era um novo Estado surgindo e tomando ares de socialismo.

A partir de então a Constituição passou a considerar não só as condutas tecno-burocráticas necessárias à organização do Estado, mas também, o lado social da coletividade. Passou-se a discutir conceitos importantes como dignidade humana, mínimo existencial, dentre outros aspectos que hoje permeiam e tira o sono de muitos economistas.

Neste sentido, a atual Constituição Federal de 1988 considera valores sociais como o da dignidade humana, o do direito ao trabalho, o direito à educação, ao meio ambiente sadio, sem desconsiderar os preceitos básicos em relação à economia tais como a função social da propriedade e a livre iniciativa.

É na esteira desses conceitos que a Constituição Brasileira, em seu aspecto normativo, é aqui considerada, compreender como tais normas concretizam-se frente à realidade social, bem como aos conflitos de interesses latentes das mais diversas ordens. Inclusive um conflito que vem ganhando grande destaque é o de ordem econômica *versus* o de ordem ambiental, face à grande preocupação como futuro da terra, preocupação essa que revela a nova ordem de preocupações jurídico-econômicas : o desenvolvimento<sup>1</sup>.

Apesar de se tratar de um conceito já sedimentado no espírito jurídico das nações mundiais, somente com o advento da ameaça de extinção da vida humana na terra que tal conceito vem se tornando uma constante preocupação por parte dos economistas e ambientalistas de todo o mundo.

Sendo assim, este artigo busca investigar a hipótese de concretização do desenvolvimento a partir da conciliação entre princípios de ordem econômica e ambiental. O que se pretende explicar é que o desenvolvimento é um princípio constitucional de eficácia plena, devendo ser aplicado em toda e qualquer situação que envolva conflitos de ordem econômico-ambiental, a fim de garantir a satisfação dos direitos das duas ordens, sem prejuízo à humanidade, quer do ponto de vista econômico quer do ponto de vista ambiental.

Para tanto, analisaremos o desenvolvimento enquanto princípio, passível de aplicação, oriundo da conformação dos princípios de ordem econômica e ambiental.

## 2 OS PRINCÍPIOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL

A Constituição nada mais é do que um reflexo dos valores inerentes à sociedade, cujo legislador cuidou em institucionalizá-los mediante a outorga de poderes da sociedade. A Constituição é um conjunto de diretrizes, de regras e princípios no dizer de Canotilho, advindos do povo para o

---

1 O princípio do desenvolvimento será aqui adotado nesta nomenclatura, e não como “desenvolvimento sustentável” por acreditar que não há direito ao desenvolvimento se este não for sustentável.

povo; e nada mais justo que esse mesmo povo faça parte do processo de concretização da Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 58).

Isto porque não se deve encarar o Estado enquanto uma entidade superior, acima de quaisquer interesses partidários. É este o pensamento de Cristiane Derani (1997, p. 90). Segundo a autora, o Estado é uma entidade social influenciada pelas relações de poder; “sua democratização só é possível à medida que apresente instrumentos para uma maior participação da sociedade” (DERANI, 1997, p. 90).

Assim, tem-se que a Constituição só poderá ser efetivamente concretizada em todas suas nuances a partir de uma conscientização por parte da população: tanto no reconhecimento de seus direitos e deveres quanto da utilização dos instrumentos para a concretização destes direitos.

Como se vê, longa é a discussão acerca das normas jurídicas constitucionais. Nosso foco neste estudo são os princípios de ordem constitucional, especial os de ordem econômica e ordem ambiental, e como se relacionam frente ao caso concreto. É o que se passa a demonstrar.

## 2.1 OS PRINCÍPIOS DE ORDEM ECONÔMICA

Com o advento da atuação do estado no domínio econômico, as atenções se voltaram para o estudo do fato econômico atrelado ao Direito. Em sendo assim, acredita-se que dentro da Carta política existe a chamada constituição econômica, que diz respeito à forma de que o Estado atua na ordem econômica.

No aspecto econômico da Constituição, é possível detectar no art. 170 os “*valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*” como fundamentos da República Federativa do Brasil e “*valorização do trabalho humano e livre iniciativa*” como fundamentos da ordem econômica, além dos incisos do referido artigo que contêm os valores acerca da soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Eros Roberto Grau (2003, p. 219) preceitua como princípios atinentes à ordem econômica, além dos já mencionados constantes no art. 170 da Constituição Federal, os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), o

garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º), a garantia do direito de greve (art. 9º), e ainda a integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219).

Na esteira da análise da ordem econômica em meio a Constituição, o presente estudo se deterá aos princípios atinentes à ordem econômica constantes no art. 170 da Carta Magna, em especial os princípios inerentes à propriedade privada, livre concorrência e a defesa do meio ambiente, até porque são os que nos interessam face à temática do desenvolvimento.

Fazendo uma breve análise do caput do art. 170 da Constituição<sup>2</sup>, há alguns princípios que merecem destaque e que denotam sua característica essencialmente social. Valorização do trabalho humano é uma característica nítida do Estado Social frente às grandes desigualdades e injustiças sofridas pelo trabalhador. Não há como privilegiar o desenvolvimento de uma atividade que explore o trabalho e a força humana. Desta feita, o legislador procurou traçar na norma maior a proteção do trabalhador frente àqueles que detém os meios de produção.

A livre iniciativa atrelada à livre concorrência são primados da Constituição na ordem econômica e constitui um resquício do Estado liberal, além de ser de grande importância para o sistema capitalista.

Segundo Eros Grau (2003, p. 181) a livre iniciativa é

termo de conceito extremamente amplo; [...] a liberdade de iniciativa econômica não se identifica apenas com a liberdade de empresa. Pois é certo que ela abrange todas as formas de produção individuais e coletivas.

Esta liberdade atrelada à livre iniciativa enquanto princípio econômico também não deve ser entendida como a plena e total liberdade do empresário e da sociedade em atuar desenfreadamente em qualquer ramo de atividade econômica e de qualquer jeito. Isto não pode nem é consagrado pela constituição até porque não se pode privilegiar as práticas anticoncorrenciais e predatórias que acabam por prejudicar o pequeno empresário que deseja disputar sua vaga no mercado - além de desfavorecer o consumidor.

---

<sup>2</sup> A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios

O princípio da livre iniciativa deve ser encarado como uma forma moderada de dar liberdade aos agentes econômicos e de, por meios lícitos, alcançar sua fatia do mercado. Isto porque a carta constitucional não reprime o poder econômico – tendo este como uma situação de fato, até porque em uma economia aberta não há como combater nem evitar tal situação; o que a Constituição reprime e combate veementemente é o abuso deste poder, por meio do qual o agente dominante atua de forma predatória, eliminando a concorrência e podendo atuar exclusivamente - ou quase que exclusivamente - em seu setor.

Já o princípio da propriedade privada, segundo Morais (1999, p. 12), *prima facie*, é um princípio de ordem econômica. Associado ao princípio da função social, é tutelado pela Constituição em dois momentos em especial: primeiro, garantindo o direito individual de propriedade, incumbindo-lhe de promover a destinação social de sua propriedade; em segundo lugar, quando o firmou como diretriz para a ordem econômica, configurando a função social da propriedade como força motriz dessa ordem.

De acordo com Eros Grau (2003, p. 207) o princípio da função social da propriedade nos remete à ideia de propriedade privada. Esta deve ter como pressuposto uma função social. Para o autor, este princípio é um direito e ampara-se no art. 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal, especialmente quando o texto constitucional deixa claro que se garante o direito de propriedade e que esta atenderá a sua função social. Afirma, ainda, que a propriedade é tratada como direito individual.

Tratar a função social da propriedade como um direito à propriedade privada é pensar em um meio de proteção ao indivíduo de possuir o mínimo de subsistência individual e familiar. Ou seja, exercer o direito de propriedade enquanto direito destinado à uma função social ou para sua própria subsistência é direito garantido constitucionalmente.

Ainda em relação aos princípios relacionados ao caput do art. 170 atinentes à ordem econômica, há ainda a preservação ao meio ambiente. Apesar de tecnicamente tais conceitos – ecologia e economia – andarem por caminhos opostos, a Constituição de 1988 já revela a preocupação em aliar o meio ambiente saudável ao desenvolvimento econômico, de forma a minimizar os males acarretados tanto de um quanto de outro devido suas atuações na esfera de um e de outro.

Na classificação do constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho (2003), o princípio de defesa do meio ambiente é princípio de

ordem impositiva, funcionando como norma diretriz dotada de caráter constitucional reformador, que segundo Eros Grau (2003, p. 219), justifica a reivindicação pela realização de políticas públicas.

O princípio da defesa do meio ambiente, enquanto princípio diretivo, nos leva a crer que serve como meio conformador dos demais princípios da ordem econômica, além de traçar meios para a sua concretização. Isto porque além de ser explícito quando determina que se deve, em meio às atividades econômicas, salvaguardar o meio ambiente, também revela uma verdadeira características de ordenar os demais princípios econômicos de forma a atuar com um limite, que é a proteção do meio ambiente.

A salvaguarda deste bem é que vai conferir o mínimo de dignidade humana à sociedade; a livre iniciativa e a função social da propriedade poderão ser exercidos em sua totalidade, lembrando-se que o ataque desmedido ao meio ambiente será condenado e punido, inclusive pelos próprios instrumentos constitucionais puramente ecológicos, tais como os do art. 225.

Desta feita, fazendo um interrelacionamento entre os princípios estudados, quais sejam o da livre iniciativa, o da função social da propriedade e o da defesa do meio ambiente, não se deve perder de vista a noção de qualidade de vida e da liberdade que o indivíduo possui para explorar qualquer ramo da economia, desde que pautados pelo bom senso e pela razoabilidade.

Com a Constituição de 1988, o legislador procurou definir parâmetros legais de atuação da iniciativa privada, intervindo no domínio econômico caso fosse necessário. A proteção ao meio ambiente é assunto vasto que merece ser contemplado em tópico próprio, especialmente em relação aos seus princípios, como veremos agora.

## **2.2 OS PRINCÍPIOS DE ORDEM AMBIENTAL**

Adentrando na esfera do que seria considerado ambiental, tem-se a postura adotada pela Constituição acerca do que seria esta “ordem ambiental”.

A consagração dos direitos relacionados a um meio ambiente saudável no seio da Constituição Federal de 1988 vem por meio do Capítulo VI do Título VIII, sobre a “Ordem Social”.

Mas essa menção ao meio ambiente no Título VIII, sobre a “Ordem Social” não é a única em meio à Constituição Federal; neste ponto está concentrado o núcleo constitucional de proteção ao meio ambiente, o que

não quer dizer que a tutela ao meio ambiente se esgota no dispositivo Art. 225 da Constituição Federal.

A Constituição está cheia de menções indiretas à proteção ao meio ambiente. A partir do momento no qual o legislador conferiu competência à todos os entes federativos para que pudessem legislar acerca de matéria ambiental, tem-se a nítida preocupação *in loco* com o meio ambiente e sua preservação, ainda que esta competência seja de forma suplementar.

O histórico constitucional de proteção ambiental é recente; entretanto, na legislação ordinária a preocupação já data de algum tempo, especialmente com a edição da Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981, que instituiu a política nacional do meio ambiente, destinada a proteção e uso racional do meio ambiente aliado ao desenvolvimento sob a ótica econômica.

José Afonso da Silva (2004, p. 47) afirma que

[...] há muitos outros dispositivos em que os valores ambientais se apresentam sob o véu de outros objetos de normatividade constitucional [...] são dispositivos com valores do meio ambiente em penumbra constitucional, passíveis de descoberta, que demanda pesquisa atenta na Constituição.

A partir do artigo 225 da Constituição<sup>3</sup>, verifica-se conceitos ricos em conteúdo e que dão margem para serem interpretados de varias formas. Por exemplo, a noção de meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma inovação do legislador constituinte que nos remete à qualidade de vida, novamente mencionada pelo mesmo.

Ainda segundo Jose Afonso da Silva (2004, p. 47), o caput deste artigo revela “a norma princípio, a norma – matriz, substancialmente reveladora do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

O conceito de meio ambiente na Constituição tem sido aprimorado conforme os enunciados dos especialistas neste assunto, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O voto do Ministro Celso de Melo, por exemplo, informa que o

---

3 Art. 225. Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Publico e à coletividade o dever de defende-lo e preserva-lo para as presentes e futuras gerações

direito ao meio ambiente é um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações (*apud* AFONSO, 2004, p. 20).

Segundo José Afonso (2004, p. 20), o conceito de meio ambiente, nas palavras do autor, há de ser generalizado, de forma a envolver tanto a natureza original quanto a natureza artificial, e ainda os bens culturais correlatos, além da água, do solo, do ar, da flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. Seria o meio ambiente

[...] a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais” (AFONSO, 2004, p. 20).

Vê-se então que o legislador privilegiou a conceituação de meio ambiente não somente no aspecto da natureza enquanto bem natural, essencial à qualidade de vida, mas também, em respeito a essa mesma qualidade de vida, considerou também outros aspectos que são típicos da própria natureza humana, tais como o bem histórico – cultural, dentre outros elementos.

Já no parágrafo primeiro, o legislador incumbiu ao poder público a responsabilidade para assegurar e efetivar este direito. Tratou-se de verdadeira institucionalização do direito ao meio ambiente sadio, com incumbência conferida ao poder público para a concretização desse direito, seja por meio de políticas públicas ou por meio da atuação de seus órgãos públicos.

A própria estrutura orgânica do poder executivo direcionada ao meio ambiente, tais como IBAMA, CONAMA, órgãos integrantes do SISNAMA, está direcionada a preservar o meio ambiente. Claro é que a concretização de tais políticas não tem sido totalmente eficaz; fato é que o meio ambiente é uma preocupação cada vez mais latente. Entretanto, o conjunto de esforços, tanto do órgão federal quanto dos órgãos estaduais, já significa uma forte inclinação à, no mínimo, uma tentativa de combater a depredação ambiental.

O que se deve levar em consideração também quando da análise do tratamento constitucional dado ao meio ambiente é o fato de ele ser considerado um direito não somente individual, mas também transindividual, tendo em conta que é direito de todo cidadão ter um meio ambiente saudável, atinente a boa qualidade de vida, tanto como indivíduo quanto como membro da coletividade.

Esse dever de proteção ambiental, tanto individual quanto transindividual, vem despertando a consciência de toda a população tanto dos setores doutrinários, quanto do político, científico e da sociedade como um todo. Inclusive compreender o direito ao meio ambiente como um direito fundamental vem sendo uma tendência cada vez mais crescente por parte do legislador brasileiro.

A interpretação dada aos dispositivos constitucionais em consonância com a legislação esparsa atinente ao meio ambiente considera o direito ao meio ambiente como um direito fundamental, parte essencial do mínimo necessária a uma vida digna, inerente a qualquer cidadão, seja em sua condição individual, seja em sua condição de membro da sociedade.

Dentre os regramentos ambientais estabelecidos no seio da constituição, bem como sua remissão na legislação esparsa, encontram-se os princípios de ordem ambiental que regem toda a aplicação e efetividade das políticas ambientais traçadas pelo poder público.

Além disso, os princípios podem estar contidos ainda na sociedade de forma implícita, sem remissão direta da norma institucionalizada. Isto não quer dizer que não se deve levá-los em consideração; o próprio convencimento do Juiz, ao se basear nas normas e em seu conhecimento de mundo, está impregnado de conceitos valorosamente relevantes à sociedade como um todo.

De acordo com Cristiane Derani (1997, p. 156), os princípios ambientais “são construções teóricas que visam a melhor orientar a formação do direito ambiental, procurando denotar-lhe uma certa lógica de desenvolvimento, uma base comum presente nos instrumentos normativos”. Muitos dos princípios que são utilizados a fim de orientar as políticas públicas ambientais e concretização do direito ao meio ambiente saudável também são utilizados em outros setores e pra implementação de outros direitos que não ambientais, inclusive os de direito econômico.

Tal fato não é de se estranhar haja vista ser o meio ambiente fonte primária de recursos para o desenvolvimento econômico. Tanto é que o fito deste trabalho é exatamente analisar esse aspecto dialético da repercussão

dos efeitos das normas econômicas e ambientais, como é o caso do princípio da cooperação, pelo qual se entende que o meio ambiente deve ser protegido por meio do conjunto de esforços da sociedade e do Estado.

Segundo Cristiane Derani (1997, p. 157)

uma ampla informação e esclarecimento dos cidadãos bem como um trabalho conjunto entre organizações ambientalistas, sindicatos, indústria, comércio e agricultura é fundamental para o desenvolvimento de políticas ambientais efetivas e para a otimização da concretização de normas voltadas à proteção do meio ambiente.

Ao analisar esse princípio sob o ponto de vista constitucional, tem-se a opção do legislador em ressaltar a importância da população na concretização e efetivação das políticas ambientais traçadas em prol da defesa do meio ambiente; como mencionado anteriormente, até mesmo os instrumentos de proteção e defesa de vários bens, inclusive o meio ambiente, são acessíveis à sociedade, como é o caso da Ação Civil Pública.

Como se pode constatar, a ordem ambiental na Constituição foi uma grande inovação por parte do legislador; considerar o ambiente equilibrado como um bem a ser tutelado constitucionalmente, e ainda mais, erigí-lo a ponto de ser considerado um direito fundamental, foi um grande avanço no qual todos saíram ganhando.

Tamanha a preocupação com a defesa do meio ambiente que no próprio título acerca da ordem econômica o legislador o contemplou com o intuito de servir como princípio diretivo da ordem econômica, de modo que toda a estrutura econômica atue a fim a preservar e manter a qualidade de vida sob a ótica do meio ambiente sadio.

A consagração de princípios regendo os valores sociais de proteção ao meio ambiente retratam mais uma vez a normatividade inerente aos princípios, como bem destacado neste estudo. É neste sentido que consideraremos também os princípios atinentes à ordem ambiental, como espécies normativas que representam a institucionalização dos valores sedimentados na sociedade e, portanto, que devem ser efetivadas.

### **3 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO**

O “direito ao desenvolvimento” tem originado debates e levantado muitas expectativas na conjuntura contemporânea, tendo em vista a

disparidade ainda existente entre o crescimento econômico e social no mundo. Ele é defendido por Haquani (*apud* MELLO, 1992) como um conjunto de princípios e regras com base na ideia de que o ser humano, enquanto indivíduo ou membro do corpo social, “poderá obter, na medida do possível, a satisfação das necessidades econômicas, sociais e culturais indispensáveis a sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.

A Organização das Nações Unidas - ONU, em sua Declaração sobre o Direito do Desenvolvimento de 1988, prenuncia que o direito ao desenvolvimento é uma prerrogativa inalienável, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, podendo a ele contribuir e dele desfrutar, para que, assim, os direitos humanos possam ser eficientemente realizados.

Embora, a princípio, o processo de democratização inclua em seu bojo o conceito de desenvolvimento como pressuposto básico, para Ignacy Sachs (1998, p. 151),

desenvolvimento e democratização se confundem enquanto processo histórico, desde que uma acepção larga seja dada ao segundo termo”. Continua ao afirmar que o desenvolvimento, “para além de uma simples instauração (ou restabelecimento) do Estado de Direito e das instituições de governança democrática, a democratização é também o aprofundamento, jamais terminado, da democracia no cotidiano, do exercício da cidadania com vistas à expansão, à universalização e à apropriação efetiva dos direitos de segunda e terceira gerações.

Nesse contexto, o desenvolvimento sob o ponto de vista do Direito é meta a ser alcançada que não se localiza somente no mundo das ideias, mas no mundo concreto. Assim, a busca pela realização do desenvolvimento deve ser referência tanto para os membros de Executivo e Legislativo, como também para o intérprete do Direito. Ele requer um arcabouço de medidas políticas, sociais e econômicas, as quais devem necessariamente se inter-relacionar para que haja um mínimo de sistematização dessas estratégias, de modo que o crescimento sócio-político-ambiental das cidades seja proporcional e sustentável.

Tal como exposto, o desenvolvimento, enquanto direito fundamental, tem como titular a nação, a sociedade coletivamente considerada; a definição material do desenvolvimento e sua concretização partiriam das

peculiaridades inerentes a cada sociedade, até porque o próprio conceito de desenvolvimento é flutuante; variável no espaço e no tempo; estabelecido de acordo com as circunstâncias que irão defini-lo.

O Estado, neste contexto, deve encabeçar prestações positivas (ações) e negativas (abstenções) em prol da garantia e defesa dos direitos fundamentais. O direito do desenvolvimento, assim, para ser fruído, deve ter como base a disponibilização, efetivação e concretização – todos vistos sob um ponto de vista global – de políticas públicas por parte do Estado.

A Organização das Nações Unidas, em seu relatório sobre o “Estado das cidades das América Latina e do Caribe” (ONU, 2012), suscita que a noção de desenvolvimento e prosperidade seja mais abrangente. Aponta, assim, para um novo perfil para as cidades do século XXI, especialmente focando nas pessoas. Tanto é que foi lançado um índice pela ONU – HABITAT, denominado índice de prosperidade, que leva em consideração cinco áreas da vida das pessoas nas cidades: produtividade, infraestrutura, igualdade, qualidade de vida e sustentabilidade ambiental. A noção de desenvolvimento – indissociável do termo sustentável – para a ONU conjuga a integração plena da promoção da prosperidade, bem-estar e proteção do meio ambiente (ONU, 2012).

O desenvolvimento, portanto, remete às noções de crescimento econômico e progressividade da qualidade de vida, não obstante tradicionalmente a elevação econômica tenha sido dissociada da social. Assim, as políticas públicas voltadas para o desenvolvimento devem dispor do que o legislador constituinte prescreveu, sempre buscando medidas de ordem econômica em favor do desenvolvimento do ser humano, isolado e socialmente.

### **3.1 O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO: PARADIGMAS CONTRAPOSTOS?**

Talvez o desafio empírico mais expressivo da modernidade seja compatibilizar interesses não raras vezes contrapostos, tais como as restrições ecológicas trazidas por determinados projetos econômicos.

Especificamente quanto à sustentabilidade, ela exige que se passe da gestão dos recursos para a gestão da própria humanidade. Se o objetivo é viver de forma mais próxima da capacidade de suporte dos recursos naturais, deve-se assegurar que os produtos e processos da natureza sejam utilizados numa velocidade que permita sua regeneração. A defesa da ideia

de que a tecnologia é capaz de alongar a regeneração de variados bens ambientais, respalda ações sociais que consideram a produção de matéria prima como uma parte inexpressiva da economia. É imprescindível, contudo, atentar para os limites do capital natural, considerando os indetermináveis reflexos sociais decorrentes da exaustão de certo recursos, tais como a água. Nesse sentido, a partir da análise do Relatório Brundtland, Hans Michael Van Bellen (2003, p. 72) observa-se que

o imperativo econômico convencional, maximização da produção econômica, deve ser restringido em favor dos imperativos sociais (minimização do sofrimento humano atual e futuro) e ecológicos (de proteção da ecosfera). O desenvolvimento sustentável depende então de reduzir a destruição ecológica, principalmente através da diminuição das trocas de energia e matéria-prima dentro da economia. Neste sentido, a sustentabilidade para os autores se assemelha à proposta do Material Inputs per Service (MIPS), de desmaterialização da economia e do aumento da qualidade de vida, principalmente para a maioria mais pobre do mundo. Pela primeira vez o meio ambiente e a equidade se tornam fatores explícitos dentro da questão do desenvolvimento.

A partir desse ponto de vista, embora o capital natural seja fundamental para a continuidade da espécie humana sobre a Terra, estudos demonstram uma população e consumo médio desproporcionalmente crescente e, ao mesmo tempo, o decréscimo dos recursos ambientais. Nesse contexto, é importante criar as noções de “sustentabilidade forte ou fraca” a partir da quantidade de capital natural é demandado para a manutenção dos sistemas que alimentam as necessidades humanas.

Discute-se, pois, a sustentabilidade do desenvolvimento a partir de diversas perspectivas: os limites da livre iniciativa; a redistribuição de renda; o empoderamento das populações mais vulneráveis; os limites ao consumo; a construção de políticas públicas que tenham o condão de impactar no bem-estar social.

### **3.2 DESENVOLVIMENTO COMO SOLUÇÃO AO CONFLITO NORMATIVO ENTRE PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E À ORDEM ECONÔMICA**

Assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado é, invariavelmente, promover a sadia qualidade de vida. Entretanto, dentro da atual concepção de qualidade de vida, está englobado o bem estar econômico, pois a sociedade em que vivemos hoje é tipicamente de consumo. A característica

primordial do desenvolvimento é a busca contínua da conciliação entre o desenvolvimento, a preservação ecológica e a qualidade de vida do homem.

Neste âmbito tem-se que, sempre que o homem percebeu que devia produzir, buscou como matéria-prima para tal feito, a natureza, tornando-a uma fonte de recursos para efetivarem suas produções. A partir desta preocupação, surge o direito ambiental a fim de interceder por tais recursos, e, como inevitável consequência econômica, a procura pelos recursos naturais gerou uma elevação no custo do produto, que gera impacto para a sociedade.

Reportando-nos mais uma vez ao conceito de qualidade de vida, é justamente sobre ele que o Direito Ambiental procura se debruçar: a perspectiva de uma vida mais digna, confortável, tanto do ponto de vista social quanto econômico é o escopo pretendido pelo Direito Ambiental. Dentro deste contexto, identificamos dois protagonistas: a natureza, entendida como riqueza coletiva e esgotável, e do outro lado, aqueles que possuem a riqueza individual e criável.

É justamente a adequação destes dois protagonistas a grande questão na conciliação entre economia e ecologia. A economia lida com bens que podem ser valorados segundo sua utilidade: uma escova, um carro, uma casa. Já a ecologia, lida com bens de valoração imensurável. A grande questão entre a economia e a ecologia é justamente esta: a valoração dos bens naturais. Para que pudéssemos valorar os recursos naturais, e repassá-los aos consumidores, por demais inviável seria a comercialização de todo e qualquer produto. A idéia do desenvolvimento aí se insere por procurar não repor a natureza de uma forma econômica, mas sim, de uma forma própria, natural, porém com vistas a sua repercussão na economia. Não se pode extinguir o uso dos recursos naturais como matéria-prima à produção dos bens de consumo; porém, não se pode também tal processo de industrialização atuar desenfreadamente sem pensar na peculiaridade “não renovável” que possui os recursos naturais.

O desenvolvimento surge neste contexto para tentar adequar estas duas necessidades de nossa realidade, e de uma forma ainda que indireta, garantir que as futuras gerações gozem e preservem deste bens que hoje nós desfrutamos.

Para se tentar alcançar tal objetivo, o Estado se viu no dever de garantir tal direito às futuras gerações de usufruir dos recursos naturais. Um dos meios que o Estado possui para intervir na economia

de forma a preservar os direitos ambientais é através da regulação; esta é quem irá permitir ao Estado orientar como se deve conduzir a economia para se alcançar o desenvolvimento.

Em conformidade ao pensamento de Alexy (1999, p. 89), tem-se que quando da análise de um caso no qual dois princípios entram em conflito, a técnica usualmente recorrida é a da ponderação dos bens, haja vista os princípios serem “mandados de otimização” os quais não podem ser rejeitados do ordenamento jurídico frente a uma situação de conflito.

Desta feita, em análise aos princípios da seara econômica e da seara ambiental há o conflito de princípios constitucionalmente considerados. Como vimos acima, a seara ambiental, apesar de tardia sua consideração pelo legislador original, é consagrada até mesmo na ordem econômica.

Ao considerar o direito ao meio ambiente sadio, o legislador encenou a nítida preocupação com a proteção ao meio ambiente; já quando considera este mesmo direito na ordem econômica, tem-se a preocupação do legislador em ordenar a atividade econômica no país de forma justa e racional, visando a proteção ambiental em face ao desenvolvimento econômico.

Ressalta de importância o papel do Estado em meio a tal solução desta lide de princípios. Sendo os princípios uma retratação dos valores da sociedade, é o Estado, que mediante sua atuação na sociedade, procura efetivar e concretizar esses valores por meio do poder legislativo, responsável pela institucionalização dos mesmos.

Desta forma, ressaltando o importante papel do Estado como concretizador e efetivador dos valores inerentes à sociedade, bem como sua institucionalização, importante se faz o conhecimento do contexto que o Estado está inserido para que então possa consagrar o princípio (aqui tido por nós como princípio) do desenvolvimento.

Em se tratando de dois princípios, vê-se que quando de seus conflitos, valendo-se da técnica da ponderação de bens, o aplicador do direito poderá valer-se de um ou de outro, sem necessariamente retirá-los do ordenamento jurídico assim como acontece com o conflito de regras.

Em vez de escolher um face à minimização dos efeitos do outro, pode-se recorrer a uma outra espécie normativa, de mesmo gênero,

que conforme os anseios tanto de um princípio quanto de outro. É possível utilizar o princípio do desenvolvimento como uma alternativa ao conflito de princípios da ordem econômica e da ordem ambiental, porque o próprio corresponde aos anseios de ambos.

De acordo com Cristiane Derani (1997, p. 239), “um novo ângulo de se observar o desenvolvimento econômico, inserindo outros fatores na formação de políticas públicas, e conformado pela presença do capítulo do meio ambiente na Constituição Federal”.

Tendo a idéia de desenvolvimento como sendo sustentável, tem-se o a ideia da qualidade de vida obtida a partir da liberdade de fruir bens de uso comum.

A possibilidade de usufruir de riquezas sociais, externalidades, produzidas ou asseguradas na prática econômica, é um indicador de melhoria da qualidade de vida. Trata-se de uma satisfação advinda do exercício da liberdade de fruir de bens de uso comum, como áreas verdes, paisagens, lugares de recreação adequados, tais como praias apropriadas ao banhista, etc (DERANI, 1997, p. 239).

O meio ambiente sustentável é retratado na Constituição a partir de exigências mínimas traçadas pelo legislador quando do exercício da atividade econômica. Como bem repisado aqui, a defesa do meio ambiente contido no art. 170 acerca da ordem econômica já é uma consagração nítida do princípio do desenvolvimento pelo legislador. A Constituição, ao consagrar o estudo prévio de impacto ambiental em atividades consideradas de alto risco, denotou a preocupação num possível conflito no qual o desenvolvimento econômico estaria comprometido pela preservação do meio ambiente, e vice-versa.

Desta concretização pelo legislador constitucional, temos que o conflito entre os princípios de ordem econômica e ambiental são solucionados pelo princípio do desenvolvimento.

Ainda é latente a resistência dos empresários quanto à efetividade das medidas adotadas pelo legislador constitucional assim como os ambientalistas que acham sempre que as medidas adotadas pelo Estado quando da intervenção no domínio econômico é sempre insuficiente. Tal concretização pode efetivar-se mediante a implementação de políticas públicas através de normas constitucionais que busquem a proteção do meio ambiente aliado ao crescimento econômico sustentável.

A preservação do meio ambiente é pré-requisito essencial à promoção da sadia qualidade de vida, assim como é inerente ao homem a sua constante necessidade de evolução econômica: utilizar destas duas necessidades e conformá-las de modo racional é o objetivo preconizado pelo princípio do desenvolvimento, que sabiamente o legislador constitucional tratou de institucionalizar.

#### **4 CONCLUSÃO**

A passagem do modelo de Estado liberal para o modelo de Estado intervencionista é marcada por profundas alterações, destacando-se o papel assumido pelo Estado na seara das atividades econômicas e na defesa do meio ambiente, de seus valores e princípios. Hodiernamente, não há dúvidas acerca da importância que possui o meio ambiente para o desenvolvimento pleno e harmônico da sociedade, tanto das presentes quanto das futuras gerações. É reconhecida, ainda, a relevância auferida pelas atividades econômicas para evolução da sociedade moderna.

Sendo assim, o Estado atua de modo a propiciar a efetivação de um equilíbrio entre o uso dos recursos naturais, o crescimento econômico e o desenvolvimento da sociedade. Nesse contexto é inserida a idéia de desenvolvimento, enquanto meio capaz de permitir a coexistência pacífica entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico.

Os agentes econômicos, direcionando-se rumo ao desenvolvimento, devem buscar realizar as suas atividades com respeito ao princípio da preservação ambiental. Os recursos naturais, portanto, devem ser utilizados racionalmente, suprimindo as necessidades das presentes gerações, sem prejudicar o desenvolvimento daquelas que ainda estão por vir.

Os direitos fundamentais, obtidos pelos cidadãos após históricas lutas sociais, podem ser definidos como direitos de defesa dos indivíduos que buscam assegurar aos mesmos uma vida digna, tolhendo a prática de atos arbitrários pelo poder público.

A doutrina moderna revela a existência de três gerações distintas de direitos fundamentais. Tais gerações não se anulam umas as outras, ou seja, a geração mais moderna não anula por completo os preceitos daquela que a antecede. O que ocorre é a fusão de tais direitos, a interpenetração de suas gerações possibilitando a sua evolução e aprimoramento.

O Brasil, revelando sua preocupação e conscientização acerca da tutela ambiental, adota em sua carta política os princípios ambientais e

do desenvolvimento. O artigo 225, caput, da Constituição Federal relata que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Além de preocupar-se com o meio ambiente e sua preservação, a Constituição Federal busca assegurar o desenvolvimento econômico do país tutelando princípios como o da livre concorrência e da livre iniciativa. É exatamente nessa conjuntura que se insere o princípio do desenvolvimento. O referido princípio busca alcançar um ponto de equilíbrio, evitando o exercício arbitrário dos princípios econômicos em detrimento da preservação ambiental; se assim não fosse efetivar-se-ia o caos social total.

Como vimos ao longo de todo o estudo, os princípios de ordem econômica e de ordem ambiental são igualmente importantes e necessários para a obtenção do mínimo de dignidade humana necessário ao cidadão enquanto membro da coletividade. Esperamos ter alcançado o objetivo do presente trabalho que seria apresentar o desenvolvimento como uma opção ao conflito de princípios da ordem econômica e da ordem ambiental, ao invés de ter que consagrar um em detrimento dos efeitos do outro.

Até porque o princípio do desenvolvimento é conceito considerado internacionalmente, e que vem sendo adotado de forma a conciliar os anseios tanto dos econômicas quanto dos ambientalistas, procurando desta forma consagrar e efetivar uma sociedade justa, com iguais oportunidades a todos, e principalmente, usufruindo de uma boa qualidade de vida advinda de um meio ambiente sadio e preservado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionais, 1999.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BELLEN, Hans Michael Van. Desenvolvimento Sustentável: uma descrição das principais ferramentas de avaliação. *Ambiente e Sociedade*. v. VII, n. 1, p. 67-88, São Paulo, 2003.

- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Brasília, 1988.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUASTINNI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios del teoria y metateoria del derecho*. Tradução de Jordi Ferrer i Beltran. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v.1 , 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- MORAIS, Jose Diniz. *A função social da propriedade e a Constituição de 88*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato Social*. Coleção os grandes pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. *Estudos Avançados*. v. 12, n. 33, p. 149-156, São Paulo, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- UNIDAS, Organização das Nações. *Estado de las Ciudades de America Latina y El Caribe 2012: rumbo a una nueva transación urbana*. Rio de Janeiro: ONU Habitat, 2012. Disponível em: <[https://fernandonogueiracosta.files.wordpress.com/2012/08/estado-da-cidades-da-amc3a9rica-latina-e-do-caribe\\_2012.pdf](https://fernandonogueiracosta.files.wordpress.com/2012/08/estado-da-cidades-da-amc3a9rica-latina-e-do-caribe_2012.pdf)>



RECEBIDO EM: 30/01/2019

APROVADO EM: 05/08/2019

# A CARREIRA DE PROCURADOR FEDERAL E A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: UMA ABORDAGEM SISTÊMICA

*THE FEDERAL PROSECUTOR'S CAREER AND THE  
ADVOCACY-GENERAL OF THE UNION: A SISTEMATIC  
APPROACH*

*Ricardo Cavalcante Barroso*

*Doutor em Direito/UFPE*

*Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/PE*

*Procurador Federal (AGU)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Advocacia-Geral da União numa perspectiva sistêmica e a sua elementar relação com a Procuradoria Federal; 2 Aspectos propedêuticos para o estudo da carreira de Procurador Federal. A que organização está ligada a carreira de Procurador Federal?; 3 Anacronismo da Lei Orgânica da AGU em face do superveniente advento da carreira de Procurador Federal; 4 A integração normativa e organizacional da Procuradoria Federal na Lei Orgânica da AGU não ofende a autonomia das autarquias; 5 Relação simbiótica entre a carreira de Procurador Federal e a Advocacia-Geral da União; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Busca no presente estudo analisar o funcionamento da carreira de Procurador Federal a partir de uma perspectiva sistêmica da Advocacia-Geral da União (AGU). Toma-se por marco teórico a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e sua aplicação às organizações na sociedade moderna na forma aplicada por Dario Rodriguez Mansilla. A compreensão do perfil funcional da carreira de Procurador Federal, seus aspectos evolutivos, seu tratamento normativo e sua base constitucional enquanto carreira da advocacia pública federal inserem a carreira no escopo de ação da Advocacia-Geral da União, integrando-a em seu modelo sistêmico. A Lei Complementar nº 73/93 (Lei orgânica da AGU) atualmente vigente, ao não contemplar o tratamento jurídico à carreira de Procurador Federal, prejudica o agir sistêmico da Advocacia-Geral da União, além de negar plena e completa aplicação ao art.29 do ADCT, provocando relevante perda de eficiência na sua gestão e na sua atuação. Em contradição, os atos infralegais e normativos que se sucederam à Lei Complementar de 1993 apontam para a necessidade premente de atualização da Lei orgânica. Conclui o estudo que a incorporação normativa da carreira de Procurador Federal na Lei orgânica da AGU contribui para uma abordagem sistêmica e eficiente da advocacia pública em âmbito federal otimizando a representação jurídica dos entes públicos federais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Procurador Federal. Advocacia Pública. Lei Orgânica da AGU.

**ABSTRACT:** This study aims to analyse the functioning of the career of Federal Prosecutor from a systemic perspective of the Advocacy-General of the Union<sup>1</sup>. The theory of Niklas Luhmann systems and its application to organizations in modern society is taken by theoretical framework in the form applied by Dario Rodriguez Mansilla. The understanding of the functional profile of the Federal prosecutor's career, its evolutionary aspects, its normative treatment and its constitutional basis as a career of federal public advocacy enter the career in the scope of action of the Advocacy General of the Union, integrating it into its systemic model. Complementary Law No. 73/93 (AGU Organic Law) currently in force, since it does not contemplate the legal treatment of the career of a Federal Prosecutor, undermines the systemic action of the Advocacy General of the Union and denies full and complete application to art.29 of the ADCT, causing a significant loss of efficiency in its management and performance. In contradiction, the legal and normative acts that followed

1 Termo utilizado pela versão em inglês da Constituição Federativa Brasileira (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

the Complementary Law of 1993 point to the urgent need to update the Organic Law. The study concludes that the normative incorporation of the career of Federal Prosecutor into the Organic Law of the AGU contributes to a systemic and efficient approach to public advocacy at the federal level, optimizing the legal representation of federal public bodies.

**KEYWORDS:** Federal Prosecutor. Public Advocacy. Organic Law of the AGU.

## INTRODUÇÃO

O tema que motiva o presente texto está intrinsecamente ligado à efeméride de comemoração dos 25 anos da Advocacia-Geral da União celebrada no ano de 2018.<sup>2</sup>

A Advocacia-Geral da União (AGU), que pela complexidade e magnitude de suas competências e dos temas tratados, nos permite que seja concebida como numa perspectiva sistêmica<sup>3</sup>, ou seja, como um conjunto de entidades relacionadas que formam um todo e que propiciam a consecução de um fim lógico a partir dessas interações conjuntas<sup>4</sup>.

No entanto, em que pese os 25 anos passados, constata-se, ainda, que a AGU, numa perspectiva sistêmica e organizacional, ainda não alcançou o nível de integração de suas entidades componentes do modo a se tornar um todo coeso para consecução de um objetivo claro extraído a partir das interações conjuntas de seus componentes.

Esse déficit pode ser percebido com a falta de inclusão normativa da carreira de Procurador Federal na Lei Complementar nº 73/93, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União<sup>5</sup>.

2 AGU. *AGU promove seminário internacional para comemorar os 25 anos da instituição*. 7 a 9 de março de 2018. Disponível em: [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/648016](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/648016). Acesso em 15 mar 2018.

3 Pode-se definir sistema como uma coleção de entidades ou coisas, relacionadas ou conectadas de tal modo que “formam uma unidade ou um todo”, ou que “propiciem a consecução de algum fim lógico a partir dessas interações conjuntas”. Cada componente se relaciona pelo menos com alguns outros, direta ou indiretamente, de modo mais ou menos estável, dentro de um determinado período de tempo, formando uma rede causal (LIEBER, 2006).

4 Organização sujeita a um regime sistêmico que o distingue das demais organizações pelas suas regras próprias de atuação e por meio único de comunicar e produzir suas decisões (LUHMANN, 2000, p.90).

5 Trecho da exposição de motivos (EM nº 00043/2016 AGU) elaborada pela Exma. Advogada-Geral da União para encaminhar projeto de lei complementar que visa atualizar a Lei Complementar nº 73/93: “Na realidade fática atual compõem a Advocacia-Geral da União as seguintes carreiras jurídicas: Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central. 4.Quanto à identificação de quais carreiras jurídicas compõem a AGU, não há qualquer controvérsia ou dissenso prático,

Neste estudo pretende-se cotejar a disparidade ainda existente entre o amplo conjunto de normas e relações que unem e integram as carreiras jurídicas da União, notadamente a carreira de Procurador Federal e a Advocacia-Geral da União, ao passo que a Lei Complementar nº 73/93, por seu turno, conserva disciplina desconectada com a realidade e com a evolução normativa atualmente existente, com prejuízos a uma atuação estável e orgânica da instituição.<sup>6</sup>

Com efeito, ao passo que se trata de tema atual, o presente estudo esmera-se em desnudar as evidências que indicam, à míngua de previsão expressa na Lei Complementar, que a carreira de Procurador Federal é autêntica carreira integrante da organização Advocacia-Geral da União que reclama previsão expressa na Lei Complementar da AGU como medida de atualização do sistema AGU e de incorporação da realidade normativa e fática vigente.

Trata-se de tema atual e de relevância prática que ainda suscitada controvérsia ao argumento de que a atualização da Lei, com a previsão da carreira de Procurador Federal, geraria prejuízo à autonomia das autarquias e fundações federais representadas pelos Procuradores Federais.<sup>7</sup>

Pois bem. Para expor o contexto normativo e fático que circunda esse assunto, opta-se pelo percurso metodológico que contempla aportes da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, que identifica os sistemas como comunicação dotada de racionalidade seletiva e distintiva que nos permite determinar o nível de aproximação, ou não, de fatos ou realidades aparentemente distintas (LUHMANN, 2009, p.19; LUHMANN, 2007, p.81).<sup>8</sup> De outro lado, importante será a análise das organizações sob uma

---

tanto que, recentemente, a Lei nº 13.327, de 2016, ao dispor sobre a remuneração, as prerrogativas e os deveres funcionais dos membros das carreiras, o fez de forma rigorosamente idêntica para as carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central.” (AGU, 2016).

6 Este problema é expressamente reconhecido na Exposição de Motivos nº 00043/2016 AGU quando a Advocacia-Geral da União expressamente anuncia que a integração da carreira de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central na Lei orgânica da AGU é adequada ao bom funcionamento da instituição. É destacado que a mencionada integração normativa, em realidade, já reflete a realidade da instituição, amplamente reconhecida em toda Administração Pública Federal, sendo tratada em leis e atos editados desde a entrada em vigor da Lei Orgânica. O trecho ainda destaca que essa incorporação da carreira de Procurador Federal na lei complementar consolida a organização da AGU, facilitando sua gestão e uniformizando sua atuação correicional. (AGU,2016).

7 Neste sentido, pode-se mencionar reportagem conduzida pelo jornal El Pais (Brasil) em que são obtidas opiniões de associações, da AGU e juristas (EL PAIS, 2017).

8 No caso, nos permite discutir a relação entre Advocacia-Geral da União e Procuradoria Federal.

perspectiva sistêmica promovida por Rodriguez Mansilla. Organização como mecanismo eficiente para resolver problemas sociais (RODRIGUEZ MASILLA, 2001, p.28).

Nesse sentido, será oportuno proceder à exposição de aspectos propedêuticos da carreira de Procurador Federal, seus antecedentes e sua formação, a partir da análise dos artigos 131 da Constituição Federal e do art.29 do ADCT.

Por fim, serão expostas as características próprias da carreira de Procurador Federal e sua relação simbiótica com o funcionamento da organização Advocacia-Geral da União.

Conclui o estudo com a constatação de que há aspectos fáticos, normativos e organizacionais que indicam que a incorporação orgânica, normativa e eficaz da carreira de Procurador Federal na Lei Orgânica da AGU é medida lógica, válida e eficiente para contribuir para o perfil organizacional da Advocacia-Geral da União na sua missão social de representação jurídica dos entes públicos em âmbito federal.

## **1 ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO NUMA PERSPECTIVA SISTÊMICA E A SUA ELEMENTAR RELAÇÃO COM A PROCURADORIA FEDERAL**

Para abordar esse tópico partiremos da teoria de Niklas Luhmann para compreender a noção de sistema, ao passo que traremos os ensinamentos de Dario Rodriguez Mansilla para elucidarmos como essa percepção se aplica às organizações e, a partir daí, produzir ensaio sobre a relação da Procuradoria Federal com a Advocacia-Geral da União.

Decisiva para a teoria de Luhmann sobre os sistemas é premissa de que a comunicação é o acontecimento ou o impulso básico do sistema social, de tal forma que surge um sistema social quando a comunicação desenvolve mais comunicação a partir da própria comunicação (LUHMANN, 2000, p.90).

Para o sociólogo alemão em referência, aspecto essencial a ser compreendido para sua teoria dos sistemas é a diferença entre sistema e entorno<sup>9</sup>. Os sistemas estão estruturalmente orientados ao entorno e,

---

9 A noção de sistema como diferença é fortemente influenciada pelos estudos de Spencer-Brown, em sua obra *Laws of form*, em que Brown define que a forma é uma linha que marca a diferença, quando se faz uma distinção indica-se uma parte da forma e, ao mesmo tempo, a outra parte. A partir daí Luhmann defende que a diferença sistema/meio é uma operação baseada em uma diferença (LUHMANN, 2009, p.19; LUHMANN, 2007, p.87-88).

sem ele, não poderiam existir; os sistemas se constituem e se manifestam mediante a criação e manutenção da diferença entre sistema e entorno; e usam esses limites para regular dita diferença (LUHMANN, 1998, p.40).

Assim, o sistema é concebido a partir da diferença entre sistema e entorno (LUHMANN, 2009, p.19; LUHMANN, 2007, p.81).

Por isso, os limites desempenham uma dupla função de separação e de unificação entre sistema e entorno (LUHMANN, 1998, p.51).

Desse modo, a organização interna de cada sistema está fundada em uma racionalidade seletiva que se adquire mediante órgãos fronteirços. Essa determinação de um sistema frente a outro ou ao entorno encontra-se a partir de um terceiro, do ponto de vista lógico. Trata-se de limites autogerados pelo sistema.

Por outro lado, segundo Luhmann os sistemas sociais usam comunicação como sua particular forma de reprodução autopoietica. Seus elementos são comunicações que são recursivamente produzidas e reproduzidas pela rede de comunicações e que não pode existir fora dessa rede (LUHMANN, 1986, p.172).

Essa noção de distinção, separação, diferença nos permitirá, no presente estudo, identificar o marco comunicacional da Advocacia-Geral da União, distinguindo-a de outras formas de organização jurídica, a exemplo do Ministério Público, Defensoria Pública, Judiciário e outras carreiras jurídicas, ao mesmo tempo que nos permite avaliar o nível de similitude comunicacional que situa a carreira de Procurador Federal dentro do sistema AGU.

Por outra via, os aportes teóricos da teoria dos sistemas são perfeitamente aplicáveis às organizações na sociedade. Dario Rodriguez Mansilla destaca a perfeita pertinência da aplicação da teoria dos sistemas às organizações existentes na sociedade moderna<sup>10</sup>.

Rodriguez Mansilla destaca que no contexto de uma sociedade complexa praticamente todas as funções da sociedade possuem uma

---

10 Dario Rodriguez destaca a capacidade do marco teórico da teoria dos sistemas de Luhmann para se aproximar do estudo das organizações concretas, inclusive sob o ponto de vista prático. Ademais, afirma que não existe estudo organizacional algum que não tenha uma aproximação com a teoria dos sistemas. (RODRIGUEZ MANSILLA, 2001, p.15 e 46).

alternativa de solução gerada por uma organização (RODRIGUEZ MASILLA, 2001, p.19)<sup>11</sup>.

Assim, as organizações surgem como decorrência do processo de complexificação social causado pelo crescimento econômico e científico da sociedade, ao ponto que o surgimento das organizações, antes de ser um modelo teórico pré-determinado, surge como exigência para atender de forma racional e planejada a satisfação de alguma função social relevante.

Organização, como sistema, é construída de modo planejado, deliberado, com o importante propósito de desempenhar uma função para atingir um determinado fim social.<sup>12</sup>

Podemos definir que as organizações são sistemas sociais de tipo próprio, caracterizadas por sua capacidade de condicionar a pertinência, quer dizer, fixar condições que devem ser cumpridas para quem queira ingressar ou permanecer nessas organizações (LUHMANN *apud* RODRIGUEZ MASILLA, 2001, p.28).<sup>13</sup>

No caso da Advocacia-Geral da União-AGU, podemos identificar que se trata de uma organização constitucional cujo recorte de sua atuação e de sua existência está umbilicalmente vinculado à representação jurídica dos entes de direito público em âmbito federal, tanto na sua atuação judicial quanto extrajudicial, quer dizer o exercício da advocacia dos entes públicos e, através deles, a promoção das políticas públicas<sup>14</sup>. Eis o cerne e limite da atuação da AGU.

Assim, a AGU comunica advocacia, comunica seus atos típicos, postulatorios (representação) e preventivos (consultoria e assessoramento)

11 Acrescenta que os sistemas organizacionais marcham de mãos dadas com o processo racionalizador e secularizador que transformou a sociedade para levá-la ao que seria a modernidade. A sociedade experimentou um aumento de sua diferenciação e como parte disso, o sistema organizacional passou a ocupar lugar central na busca, alcance e oferta de soluções para os novos problemas enfrentados pela sociedade como produto de seu crescimento. (RODRIGUEZ MASILLA, 2001, p.20).

12 As organizações surgem de um processo de diferenciação progressiva na sociedade, de uma heterogeneidade decorrente da especialização (RODRIGUEZ MASILLA, 2001, p.26).

13 A relação entre sociedade e organização não são exatamente a mesma entre a sociedade global e seus subsistemas (Direito, Política, Economia, etc.). A organização vem a ser utilizada pela sociedade como mecanismo eficiente para resolver problemas, mas ao custo de especificá-los e redefiní-los (RODRIGUEZ MASILLA, 2001, p.28).

14 Entenda-se por políticas públicas as ações que, por meio de leis e de normas abrangentes, estabelecem um conjunto de regras, de programas, de ações, de benefícios e de recursos voltados à promoção do bem-estar social e dos direitos do cidadão (BALBINO, 2013, p.53).

para a defesa e a promoção dos interesses públicos acometidos aos entes públicos (MOREIRA NETO, 1992, p.88 e 90). Comunica um ato participativo na formação e na defesa da política pública. A advocacia exercida pela AGU e suas expressões dá-se de modo interno, por dentro, no momento da conformação ou execução da política<sup>15</sup>, no momento original, e não de modo externo e posterior, como crítica à política ou à atuação já conformada. Tudo, sempre certo, para manter a atuação estatal nos exatos trilhos da legalidade e da juridicidade.

Nesta perspectiva, a AGU se comporta como verdadeiro sistema<sup>16</sup>, eis que possui comunicação típica que gera nova comunicação em seu ambiente interno, qual seja, a comunicação da representação jurídica dos entes públicos federais. O modo de agir e funcionar da advocacia pública (AGU e também no caso da PGF) os distingue, por exemplo, do modo de comunicar e de se comportar de outras carreiras jurídicas, outras organizações, a exemplo do Ministério Público, Defensoria ou mesmo do Poder Judiciário.<sup>17</sup>

Nesta senda, a Procuradoria Geral Federal é órgão integrante dessa organização maior (AGU), eis que seu limite e foco de atuação e de existência é precisamente representar juridicamente entes públicos federais, na atuação judicial e extrajudicial, viabilizando, por dentro, suas competências dentro dos ditames da legalidade.<sup>18</sup>

---

15 Neste sentido, Guimarães descreve essa posição jurídica do advogado público que exerce a consultoria como sendo uma atividade intermediária, “parcialmente imparcial”, participando da formulação e da execução da política pública, agindo por dentro, ao lado do gestor, tendo por foco a viabilização da política pública dentro da legalidade (GUIMARÃES, 2012, p.12).

16 As organizações, sob uma perspectiva sistêmica, parecem ser o âmbito mais adequado para aplicar os conceitos teóricos sistêmicos (RODRIGUEZ MANSILLA, 2001, p.28 e 46).

17 Nesta perspectiva, a AGU e na mesma medida a PGF, a par de exercerem a mesma função social, resolverem o mesmo problema social, se sujeitam ao mesmo regime jurídico-constitucional como organização da advocacia pública federal. Também seus membros, por espelhamento e compartilhamento, se sujeitam aos mesmos atos normativos, conforme será tratado mais adiante. Ao contrário, a Defensoria Pública, o Ministério Público e o Judiciário, sobre terem regime jurídico e constitucional distintos daquele aplicado à Advocacia Pública, possuem, respectivamente, razão existencial distinta, a saber, representação jurídica dos hipossuficientes, defesa dos interesses gerais da sociedade e titularidade da ação penal e, por fim, o judiciário, a quem compete julgar, exercer a jurisdição.

18 Organizações constituem um fenômeno da sociedade moderna que se constitui em um meio que os distintos subsistemas sociais da sociedade buscam soluções específicas aos problemas que a sociedade enfrenta. (RODRIGUEZ MASILLA, 2001, p.27). Assim, esse o “problema” social que vem a ser tratado pela Advocacia-Geral da União, é seu fator de surgimento e existência. A função social de orientar os gestores públicos, defender o erário, viabilizar juridicamente as políticas públicas, arrecadar e controlar legalidade são necessidades sociais que dão existência e limite à atuação da advocacia pública.

Essa distinção separa e identifica a Advocacia-Geral da União, e por consectário a Procuradoria-Geral Federal, em relação às demais organizações, inclusive jurídicas, como a Defensoria Pública, o Ministério Público e o Poder Judiciário.<sup>19</sup>

Com efeito, sendo a organização AGU um mecanismo eficiente para resolver problemas na sociedade, precisamente, o problema jurídico relacionado ao desempenho e à realização das políticas públicas, estima-se que é objetivo dessa organização um agir mais eficiente e eficaz em sua atuação.

É nessa perspectiva teórico-prática que se insere o debate lançado neste estudo, qual seja, como analisar a existência e a atuação da Procuradoria Federal no contexto da melhor e mais eficiente resolução do problema relacionado à representação dos entes de direito público em âmbito federal, viabilizando suas missões em sua inteireza?

## **2 ASPECTOS PROPEDÊUTICOS PARA O ESTUDO DA CARREIRA DE PROCURADOR FEDERAL. A QUE ORGANIZAÇÃO ESTÁ LIGADA A CARREIRA DE PROCURADOR FEDERAL?**

Com o propósito de contextualizar o ambiente jurídico no qual se insere a carreira de Procurador Federal, torna-se relevante iniciar a presente abordagem com alguns dados e informações preliminares que permitirão apontar as características próprias da carreira e sua integração ao sistema AGU.

A carreira de Procurador Federal desempenha a representação judicial e extrajudicial das entidades federais dotadas de personalidade de direito público que compõem a Administração Pública Federal indireta.

Trata-se, portanto, de carreira que congrega a representação de aproximadamente 159 autarquias e fundações públicas federais (AGU, 2015) entranhando-se, portanto, em todas as áreas mais vitais da atividade

---

19 Não é por outro motivo, como se verá, que há um imbrincamento da Procuradoria-Geral Federal e da carreira de Procurador Federal com a Advocacia-Geral da União, ou de modo mais amplo, com a Advocacia Pública federal. Esse pertencimento é amparado, como se verá, tanto pela Constituição (art.131 da Constituição c/c art.29 do ADCT), como pela experiência prática da atuação como Procurador Federal e do conjunto de atos normativos aplicados, em equivalência, para as carreiras vinculadas à AGU. Ou seja, aplicando a teoria de Luhmann o tipo de comunicação recursiva que reproduz nova comunicação e que forma o sistema AGU é o mesmo que conduz e distingue a atuação da PGF e seus membros.

da União, executando e viabilizando suas políticas públicas<sup>20</sup>, as quais, ao cabo, concretizam direitos.

Constitui-se de carreira una da União para representar juridicamente suas entidades indiretas afastando qualquer suposição de que o cargo de Procurador Federal estaria integrado ao quadro de pessoal da Autarquia em que eventualmente o Procurador esteja em exercício. Ou seja, não pertencendo a nenhuma das autarquias, tem a missão advogar e de zelar pela legalidade de seus atos e pela correta concretização de suas políticas públicas.

Caracteriza-se, assim, a Procuradoria Federal, como forma de divisão do trabalho da advocacia pública federal que deve ter por mira a facilitação da coordenação das atividades para alcançar os fins pretendidos com eficiência<sup>21</sup>. Ou seja, condiciona a organização da AGU o alcance mais apropriado de seus objetivos.

Para dar relevância e tonificar a importância dessa discussão, percebe-se que a atuação da Procuradoria federal, por exemplo, só em 2015, atuou em temáticas federais das mais diversas e produziu economia da ordem de 1,5 bilhões de reais (AGU, 2015).

Ou seja, o fim maior que justifica a existência da advocacia pública federal impescinde da integração e coordenação do trabalho da Procuradoria Federal.

Corroborando essa relação de pertencimento à Advocacia Pública e de sua vinculação à Advocacia-Geral da União, o Supremo Tribunal Federal aloca a carreira de Procurador Federal no art.131 da Constituição Federal.<sup>22</sup>

---

20 Exemplo: Meio Ambiente (IBAMA, ICMBIO, ANA), Cultura (IPHAN, ANCINE) Educação (Universidades e Institutos Federais), Saúde (ANS, ANVISA, FUNASA), Energia e infraestrutura (ANP, ANEEL, ANATEL), entre outras. Isso demonstra quão inerente ao sistema AGU é a carreira de Procurador Federal, ao ponto de reclamar tratamento integrado, inclusive no plano de sua lei complementar.

21 Rodriguez Mansilla aponta como características das organizações precisamente a racionalidade adequada de meios e fins, de tal forma que a divisão do trabalho na organização busque a melhor forma que facilite a coordenação e o controle do cumprimento das distintas obrigações laborais através de uma comunicação subordinada à melhor e à mais eficiente forma de conseguir a coordenação das atividades para atingir fins (RODRIGUES MANSILLA, 2001, p.28-29).

22 Vinculada à Advocacia-Geral da União. (RE 602381, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-023 DIVULG 03-02-2015 PUBLIC 04-02-2015).

Aliás, Jovita Valente reforça essa constatação a partir da própria alteração promovida pela Emenda Constitucional 19/98 que altera a denominação da seção II do Capítulo IV do título IV da Constituição que passou de “Advocacia-Geral da União” para “Advocacia Pública”, na franca disposição de abrigar em seu corpo todas as manifestações da advocacia dos entes públicos típicos, todas as entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, como a Procuradoria Federal (VALENTE, 2009, p.508).

Pois bem. Para uma análise mais apropriada da carreira de Procurador Federal e suas relações com o sistema Advocacia-Geral da União, é fundamental regredir no tempo e analisar os atos normativos que aludem ao enlace simbiótico existente entre as carreiras da advocacia pública federal que encontram na Advocacia-Geral da União, sua fonte de interconectividade.

### **3 ANACRONISMO DA LEI ORGÂNICA DA AGU EM FACE DO SUPERVENIENTE ADVENTO DA CARREIRA DE PROCURADOR FEDERAL**

De princípio, indaga-se: diante do contexto constitucional e organizacional que distingue a Advocacia-Geral da União, em sua dimensão de representação jurídica dos entes públicos federais, faz sentido, hoje, cogitar em tratar de modo esparso a carreira de Procurador Federal, em face da Lei Complementar nº 73, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União?<sup>23</sup>

Do ponto de vista organizacional, diga-se, a busca da eficiência e da melhor divisão de trabalho, com coordenação para alcançar o objetivo social de melhor representar os entes públicos federais e viabilizar suas competências, parece certo que a melhor alternativa é aquela que integra, que envolve, que inclui a Procuradoria Federal em um regime legal único da advocacia pública federal. Sendo a Lei Complementar aquela que disciplina sua organização e seu funcionamento fica evidenciado que a carreira de Procurador Federal, fora da lei complementar, é desagregar, dificultar coordenação e controle, e, por fim, abrir mão de melhor forma para alcançar

---

<sup>23</sup> Considere-se, ainda, que a Lei Complementar 73, foi promulgada em de 10 de fevereiro de 1993, bem antes da criação da carreira de Procurador Federal, a qual foi criada em 2000 através da Medida Provisória nº 2048-26, de 29 de junho de 2000. A Medida Provisória nº 2048-26, de 29 de junho de 2000 foi sucessivamente reeditada até a Medida Provisória n. 2.229-43, de 06 de setembro de 2001, inaugurando ao mesmo tempo uma carreira jurídica da União e estabelecendo uma nova forma de execução da representação jurídica das Autarquias e Fundações Públicas federais, razão pela qual não raro haja alusões à criação da carreira de Procurador Federal em 2001, pela Medida Provisória nº 2.229-43/2001 (AZEM, 2014).

o fim social que justifica a própria existência da advocacia pública em âmbito federal.

Ora, para comprovar esse fato, basta lançar olhos na evolução normativa do regime infraconstitucional dado às carreiras jurídicas da União.

De princípio, de se ver, que o Decreto 72.823/73, ao regulamentar a Lei n. 5.645/70, que estabeleceu as diretrizes para classificação dos cargos do Serviço Civil da União e de suas Autarquias, houve por bem dar tratamento integrado às categorias de Procurador da Fazenda Nacional, Assistente Jurídico, Procurador Autárquico, Procurador (Tribunal Marítimo) e Advogado de Ofício (Tribunal Marítimo), dando tratamento uniforme para ingresso, organização dos níveis e progressão para essas carreiras jurídicas.

Por sua vez, o art.3º do Decreto 93.237/86, ao regulamentar o funcionamento da Advocacia Consultiva da União, expressamente aludia às Procuradorias e Departamentos Jurídicos das Autarquias federais.

A Constituição de 1988, quando tratou de regular a transição ao novo modelo de advocacia pública fez expressa menção às mesmas carreiras jurídicas que usualmente eram tratadas em seu conjunto, estabelecendo apenas duas leis para organizar e regular o funcionamento da advocacia pública e do Ministério Público, ficando claro que a advocacia pública seria tratada em seu todo, inclusive no tocante aos procuradores e advogados de autarquias, pela respectiva Lei Orgânica da AGU. É o que se extrai da leitura do art.29 do ADCT.

Disto resulta claro que a lei complementar da AGU viria contemplar e disciplinar todas as carreiras jurídicas da União e suas autarquias em uma única lei, reservando-se outra lei complementar para organização do Ministério Público.

Isso é evidência eloquente de que constitui atributo da carreira de Procurador Federal estar submetido a regime jurídico constitucional que segue a sorte da lei complementar dedicada à Advocacia Pública.

Outra conclusão também pode ser extraída do mencionado preceito, é que a gênese da advocacia pública está umbilicalmente atrelada ao Ministério Público, a denunciar tratarem-se todas de funções essenciais à justiça. Neste sentido: cite-se a Lei 2.123/53 que dispunha que os

procuradores das autarquias federais terão, no que couber, as mesmas atribuições e impedimentos e prerrogativas dos membros do Ministério Público da União.

Vale mencionar, ainda, que o aludido art.29 e seus parágrafos do ADCT não fizeram e nem quiseram trazer disciplina jurídica diversa, apartada, aos advogados públicos representantes das autarquias federais. Ao contrário, deixa amplamente evidente que os membros da advocacia pública em realidade devem ser congregados em uma única lei orgânica.

Parece evidente que se tratando de lei “orgânica”, era de se esperar, também razões organizacionais, que a carreira de Procurador Federal, e por consequência, também a carreira de Procurador do Banco Central, fossem tratadas na Lei complementar da AGU.

Até porque, naquela época, pós-constituição de 1988, foi editada a Lei Complementar n. 73/93 que disciplinou o funcionamento da AGU fazendo alusão aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas como órgãos vinculados à AGU<sup>24</sup>, aproveitando a nomenclatura trazida pelo art.131 da Constituição, ao aludir que a representação da União será exercida diretamente ou por órgão vinculado. Tudo antes da própria criação da carreira de Procurador Federal, em 2000, de modo que tudo leva a crer que a atualização da Lei Complementar se justifica também para prover a incorporação normativa dessa novel carreira, observando seus atributos e correlações com a missão da advocacia pública no plano federal.

Outra evidência que se apresenta relevante para compreender a AGU sob a teoria sistêmica é o fato, registrado por Maria Jovita Valente, de que o propósito do Ministério do Planejamento, na época, era de criação da carreira de Procurador Federal, inicialmente para abrigar todas as carreiras jurídicas da Administração Federal direta, das autarquias e fundações, tendo, no entanto, ao final, ficado restrita aos advogados de autarquias porquanto a lei complementar que aludia às carreiras de assistente jurídico, advogado da União e Procurador da Fazenda Nacional como integrantes dos quadros da AGU, e, como tal, sujeita a *quorum* para aprovação diferenciado (VALENTE, 2009, p.519).

Ou seja, fica claro que do ponto de vista organizacional e sistêmico, tudo conduzia para a atuação uniforme das carreiras jurídicas da União,

---

24 Art. 17 - Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete: (...)

o que restou frustrado por contingências políticas que extrapolavam o poder de ação da organização.

Retomando à época da criação da PGF, é válido considerar o relato da Procuradora Federal Maria Jovita Valente que destaca que a Procuradoria-Geral Federal foi, desde o início, concebida como novo órgão a ser inserido na AGU com a alteração da lei orgânica, fazendo-se salutar o destaque ao item 22 da exposição de motivos n. 105/MP/AGU, de 5 de abril de 2002:

22.Quanto à criação da Procuradoria-Geral Federal na estrutura organizacional da AGU, é bom que se ressalte que representa um avanço considerável na forma de atuação dessa unidade, sem acarretar aumento de despesa, uma vez que estão sendo criados apenas três novos cargos comissionados, aproveitando-se quanto aos demais, a estrutura já existente, e a instalação de uma Procuradoria Federal não especializada trata como consequência a desativação das procuradorias de pequenas entidades de âmbito local, o que pode redundar em economia e melhoria de qualidade do trabalho realizado. (VALENTE, 2009, p.524)

Preciso esclarecer, ainda, que a alusão no art.35 da Medida Provisória n. 2.229-43/2001 à criação da carreira de Procurador Federal “nas respectivas autarquias” não significa, por óbvio, que os cargos de Procuradores Federais são cargos que integram o quadro de pessoal das autarquias, porquanto fica claro que a menção às autarquias naquele preceito decorreu do óbvio fato de que a carreira de Procurador Federal seria formada, *inicialmente*, pelos procuradores e advogados que integravam os quadros jurídicos das autarquias, fato que logo foi modificado com os primeiros concursos para o cargo de Procurador Federal realizados pela AGU no ano de 2002 e seguintes.

Ademais, essa ilação fica ainda mais clara quando se percebe que aos Procuradores Federais é dada a representação de todas as autarquias federais, não fazendo sentido pensar que esses advogados públicos integram os quadros de pessoal das autarquias. Se assim fosse não se conceberia a migração natural e permanente dos Procuradores Federais na representação de inúmeras instituições autárquicas federais simultaneamente, por simples remoção (no mesmo quadro), por exemplo.<sup>25</sup>

---

25 Marcelo de Siqueira Freitas abordando o tema já aponta que os Procuradores Federais enquanto agentes públicos de uma função essencial à Justiça, não integram nenhuma autarquia ou fundação, embora devam seus esforços para garantir segurança jurídica para a implementação das políticas públicas afetas a cada uma destas entidades (FREITAS, 2009).

Neste sentido, Jefferson Carús aponta para o fato de que a carreira de Procurador Federal, assim como a de Procurador do Banco Central, embora não sendo propriamente enquadrada como membro da AGU, é integrante da advocacia pública federal (GUEDES, 2009, p.357)<sup>26</sup>.

Aliás, neste sentido, Guedes aponta que dentre as inovações previstas e aguardadas na alteração da Lei Orgânica da AGU é justamente a incorporação da carreira de Procurador Federal formalmente na Lei Orgânica da AGU<sup>27</sup> e complementa: “Existem razões suficientes, no âmbito interno da Advocacia Pública, para o trato conjunto das normas gerais de procuradorias, preservadas e mantidas as características funcionais de cada cargo e carreira.” (GUEDES, 2009, p.359).

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já teve a oportunidade de afirmar, pelo voto condutor do Ministro convocado Vasco Della Giustina, que a Procuradoria-Geral Federal, não se circunscreve dentro da Administração Federal indireta, *verbis*:

A principal característica, que retira da Procuradoria-Geral Federal a natureza de Administração Indireta, é a ausência de personalidade jurídica própria, figurando no mundo jurídico como “órgão administrativo”, vinculado pela lei à Advocacia-Geral da União. Não está claro, todavia, o alcance em que o legislador empregou o termo “vinculação”, uma vez que a Constituição não distinguiu a Administração direta da indireta, quanto à defesa do patrimônio público federal, apenas admitiu que a Advocacia-Geral da União pudesse fazer a representação judicial e extrajudicial, através de órgãos a ela vinculados.<sup>28</sup>

Como se observa, a carreira de Procurador Federal guarda perfil evolutivo que a caracteriza e constitui sua gênese entre as carreiras da advocacia pública da União, com atribuições fundamentais para o adequado desempenho do Estado brasileiro em sua dimensão federal, razão a merecer tratamento na lei orgânica única da advocacia pública federal.

26 Afirma Guedes que são todas carreiras da Advocacia Pública federal: Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais, Procuradores do Banco Central do Brasil e Assistentes Jurídicos ocupantes de cargos não transformados (GUEDES, 2009, p.358).

27 Tramita na Câmara Federal Projeto de Lei Complementar que atualiza e racionaliza a atuação da AGU integrando formalmente as carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil como carreiras da AGU (CAMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

28 STJ. MS 10.272/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 22/03/2012.

#### **4 A INTEGRAÇÃO NORMATIVA E ORGANIZACIONAL DA PROCURADORIA FEDERAL NA LEI ORGÂNICA DA AGU NÃO OFENDE A AUTONOMIA DAS AUTARQUIAS**

Neste ponto, cumpre destacar que a representação jurídica dos interesses das autarquias da União pela carreira de Procurador Federal guarda plena correspondência com a necessidade de atuação orgânica e eficiente da advocacia pública em âmbito federal, não havendo, assim, qualquer perplexidade no fato de que as pessoas jurídicas de direito público da administração indireta sejam representadas pela Advocacia-Geral da União, em suas projeções.

Ou de outra forma, não há qualquer relevância para a autonomia das autarquias federais o fato de que elas são representadas por carreira integrante da Advocacia Pública da União, no caso, a carreira de Procurador Federal.

É que, longe de haver violação à autonomia das autarquias e fundações públicas, há na realidade, coesão da atuação da advocacia pública federal também no âmbito da administração indireta.

Veja-se: é preciso afastar qualquer confusão entre autonomia administrativa e independência de Poderes. As autarquias não possuem independência, sujeitas que estão à supervisão ministerial e ao poder de decisão da administração central, afinal são criadas pela própria União.

A ideia de autarquia ou fundação públicas remete ao conceito prévio de descentralização administrativa, que, por premissa, foi idealizada justamente para proporcionar o desempenho de atividade pública típica, inerente ao ente central, criador, para que seja desempenhada por outra pessoa por ela criada, mantendo-se, por isso, estreito vínculo com o ente central (MELLO, 1973, p.7).

Como são entes autônomos, para o exercício de suas atribuições específicas, delegadas pelo ente central, e não entes independentes, não há que se falar em estranheza na determinação de que o mesmo órgão da advocacia pública, ou sua projeção, exerça a função de representação jurídica do ente central e do ente descentralizado.

Muito menos, há óbice a que se estabeleça, em regulamentação única, o funcionamento dos órgãos de advocacia pública, vinculados ao ente central União (como a AGU e a PGF), e que tenham atribuições

específicas de representar os entes públicos federais em suas dimensões da administração central e indireta, respectivamente.

Isto serve para evidenciar, às escâncaras, que a representação jurídica, o exercício da advocacia pública, de entes da administração indireta não se confunde com a própria administração indireta.

É por igual, vazio de sentido pensar que vincular ou integrar a Procuradoria Federal (advocacia pública federal que representa a administração indireta) à AGU seria o mesmo que retirar ou diminuir a autonomia das entidades autárquicas e fundacionais.

Na realidade, é preciso sedimentar que a atividade de representação judicial e extrajudicial da União e das autarquias não é atividade que envolve poder de decisão na gestão das políticas públicas atinentes ao ente representado, isto porque, a atividade do advogado público, qualquer que seja a esfera federativa ou ente representado, é de orientar juridicamente, exercer o controle da legalidade e defender em juízo as políticas públicas das pessoas jurídicas de direito público respectivas e não de decidir sobre aspectos atinentes à política pública afeta à autarquia, ou seja, a atuação do Procurador Federal não representa prejuízo à autonomia das autarquias, antes as viabiliza.

Assim, pensar que a representação jurídica das autarquias federais pela Procuradoria Federal feriria a autonomia das autarquias, é o mesmo que confundir advocacia pública com gestão administrativa e política do Estado.

Em outras palavras, fazendo a distinção comunicacional que diferencia a conformação e existência da organização Advocacia-Geral da União, fica claro que sua missão e sua comunicação é advogar e não administrar, disto resulta que advocacia pública não é gerir ou definir a política públicas, mas antes e especificamente viabilizá-la juridicamente, o que são coisas obviamente distintas<sup>29</sup>.

Aliás, diga-se que, em realidade, desde a promulgação da Constituição Federal de 88, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias

---

29 Não é por outro motivo que é pacífico no STF que não é concebível a fixação de multa por descumprimento de ordem judicial a Procurador Federal, porquanto este, por não ter poder de ingerência administrativa no ente representado, não se insere no elenco de autoridades capazes de descumprir a ordem judicial dirigida ao ente público representado (STF.Rcl 5.133 e Rcl 7.181, rel. min. Cármen Lúcia, j. 20-5-2009, P, DJE de 21-8-2009).

e fundações públicas já faziam parte da Advocacia-Geral da União, na qualidade de órgãos vinculados. Não foi, portanto, a Lei 10.480, que criou a PGF, a responsável por retirar dos dirigentes de autarquias e fundações públicas a função de representá-las em juízo, visto que tal situação já estava consolidada anteriormente (ROCHA, 2014).

Até porque, desde a edição da Lei Complementar nº 73, quando o seu artigo 43 afirma que a súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar, ao fazer alusão ao artigo 17 (que trata precisamente órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas) torna clarividente que a atuação integrada das procuradorias das autarquias federais, atualmente formatada a partir de uma Procuradoria Federal unificada, com a AGU não afetava e não afeta em nada a denominada autonomia dos entes autárquicos (ROCHA, 2014).

Esse ponto parece superado a partir de recente julgamento do Supremo Tribunal Federal que, ao apreciar 3 ações diretas de inconstitucionalidade declarou inválidas normas estaduais que criavam cargos jurídicos nas autarquias e fundações públicas nos Estados em carreira diversa da procuradoria do Estado.<sup>30</sup> Neste sentido, a Ministra Carmen Lúcia pronunciou: “A administração direta descentralizada abrange autarquias e fundações. São entidades descentralizadas da administração pública direta. Não é o Estado prestando serviços por terceiros, é o estado prestando serviço diretamente, por meio de autarquias” (CONJUR, 2019).

No julgamento da ADI 5262, que trata de normas previstas na Emenda Constitucional (EC) 42/2014 aos artigos 101 e 101-A da Constituição do Estado de Roraima e diversos dispositivos de leis estaduais, o STF considerou inconstitucionais os preceitos que estipulavam a criação de carreira jurídica autárquica em estrutura e regime paralelo e distinto daquele aplicável aos procuradores do Estado, verbis:

---

30 Na ADI 5262, a Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (Anape) questionava dispositivos da Constituição de Roraima que tratam da ocupação de cargos jurídicos nas autarquias e fundações públicas do estado.

A ADI 5215 foi ajuizada pela Anape contra a Emenda Constitucional (EC) estadual 50/2014, que cria em Goiás o cargo de procurador autárquico, em estrutura paralela à Procuradoria do Estado.

Já na ADI 4449, o governo de Alagoas questionava a EC estadual 37/2010, que alterou a Constituição alagoana para limitar as atividades da Procuradoria-Geral do Estado apenas para a administração direta, institucionalizando as procuradorias autárquicas.

Declarou a inconstitucionalidade da expressão “do Poder Executivo” contida no caput do art. 101 da Constituição do Estado de Roraima, na redação da EC 42/2014, e, por arrastamento, da idêntica expressão prevista na redação da Emenda Constitucional 14/2003 e na redação originária do dispositivo. Considerou, ademais, inconstitucional a norma do caput do art. 101-A, alterada pela Emenda 42/2014, que instituiu nova representação judicial e extrajudicial dos órgãos da Administração Indireta de Roraima, de responsabilidade “dos profissionais do corpo jurídico que compõem seus respectivos quadros”. Os preceitos violam os artigos 37, II (3) e 132 da CF (4). O art. 132 da CF atribuiu aos procuradores dos estados e do Distrito Federal exclusividade no exercício da atividade jurídica contenciosa e consultiva dos órgãos e entidades das respectivas unidades federadas. Essa atividade não está restrita ao Poder Executivo. (STF, 2019)

Fica claro, portanto, que constitui característica própria da carreira de Procurador Federal sua integridade como carreira da União, integrante da AGU, dirigida à representação própria das autarquias federais.

E assim é porque, se por um lado, a criação de autarquias é atribuição legal inerente ao poder de criação (descentralização) da pessoa jurídica central, União; a advocacia pública, por sua vez, não é ato de criação ou revogação da União, mas sim função essencial à justiça, constitucionalmente prevista, e que engloba, por essência, toda aquela atividade exercida por profissionais do direito, aprovados por concurso públicos de prova e títulos, cujo mandato é de investidura legal, sendo disciplinado por lei o seu funcionamento e a sua organização para a representação judicial e extrajudicial do ente público, na tutela das atribuições e competências típicas do Estado.

Advocacia pública, em todas as suas manifestações, não é instituição cuja criação é sujeita à conveniência administrativa do ente central, é função essencial à justiça, com assento Constitucional.

Com isso, fica claro que o perfil jurídico da carreira de Procurador Federal na representação jurídica dos entes autárquicos é compatível com a sua caracterização como autêntica e própria carreira jurídica da União diretamente, razão a atrair regime jurídico integrado à Advocacia-Geral da União para a maior clareza, estabilidade e desempenho conjunto das funções das diversas dimensões da advocacia pública federal.

## 5 RELAÇÃO SIMBIÓTICA ENTRE CARREIRA DE PROCURADOR FEDERAL E A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Na esteira das características e fundamentos jurídicos apresentados até o momento, não custa declinar alguns aspectos jurídicos e fáticos que denotam a flagrante relação simbiótica entre a carreira de Procurador Federal e a Advocacia-Geral da União, como instituição-mãe que congrega todas as carreiras da advocacia pública federal e que, portanto, contribui para a formação de seu perfil jurídico-normativo.

Em realidade, esse conjunto de normas conforma o perfil jurídico dessa organização denominada Advocacia-Geral da União incorporando em seu aspecto distintivo e em sua razão existencial a Procuradoria Federal, integrando-a.

Não é por outro motivo que o Provimento do Conselho Federal da OAB, ao tratar da advocacia pública, expressamente faz alusão aos membros da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria do Banco Central do Brasil, qual se vê do Provimento No. 114/2006 (OAB, 2006).<sup>31</sup>

Aliás, importante mencionar que o art.131 da Constituição, ao aludir à consultoria e ao assessoramento jurídico do Poder Executivo, sem restrição, é certo que na expressão “Poder Executivo”, estão inseridos os entes e as pessoas da Administração Direta e Indireta. É o que se deduz do art.2º, 3º e 4º do Decreto-lei nº 200/67. Assim, a AGU também tem por missão exercer a consultoria dos entes da administração indireta, ainda que para isso tenha se utilizado do órgão denominado Procuradoria-Geral Federal.

Tudo a demonstrar que a Procuradoria Federal compõe sistematicamente a AGU, compartilha de seu modo de agir na essência.

Por sua vez, oportuna a menção à Medida Provisória nº 2.229-43/2001 (BRASIL, 2001) que, ao tratar da carreira de Procurador Federal, expressamente anuncia que se trata de órgão da advocacia pública que exerce a representação da “União” quanto às atividades descentralizadas à Administração indireta<sup>32</sup>.

31 Art.2º do Provimento expressamente refere aos integrantes da Procuradoria-Geral Federal.

32 Art. 37. São atribuições dos titulares do cargo de Procurador Federal:

I - a representação judicial e extrajudicial da União, quanto às suas atividades descentralizadas a cargo de autarquias e fundações públicas, bem como a representação judicial e extrajudicial dessas entidades;

II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos à União, em suas referidas atividades descentralizadas, assim como às autarquias e às fundações federais;

Aliás, de resto, os normativos legais que se sucederam após a vetusta Lei Complementar de 1993 deixam claro que o perfil jurídico da carreira de Procurador Federal pertence ao sistema da AGU, englobando, em suas entranhas, a Procuradoria Federal, tal qual decorre da própria noção de advocacia pública e das normas constitucionais atinentes.

Até porque os concursos públicos de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central são disciplinados pelo AGU, conforme dispõe o art.33 da Lei nº 12.269/2010 (BRASIL, 2010).

Por sua vez, a lei nº 10.480/2002 (BRASIL, 2002), que cria a Procuradoria-Geral Federal e o cargo de Procurador-Geral Federal, expressamente consagra que a própria indicação do Procurador-Geral Federal se dará por iniciativa do Advogado-Geral da União, conforme dispõe o art.11.

Tratou, ainda, a Lei nº 10.480/2002 (BRASIL, 2002) de alocar os cargos de Procuradores Federais em quadro da Procuradoria-Geral Federal que, como tal, não pertence a qualquer autarquia federal, mas sim a autêntico órgão da União, o que evidencia, de modo translúcido, que os cargos de Procurador Federal são cargos da União<sup>33</sup>, embora destinados à representação judicial e extrajudicial dos entes da administração indireta da União<sup>34</sup>.

Na mesmo sentido, são incontáveis as referências normativas que incorporam a Procuradoria Federal como carreira da Advocacia-Geral da União.<sup>35</sup>

---

33 Por isso, nos casos em que os Procuradores Federais são processados em razão de atos praticados no exercício das suas funções, compete aos Advogados da União representá-los em juízo, conforme dispõe o art.22 da Lei n. 9.025/98.

34 Art. 12. Os cargos, e seus ocupantes, da Carreira de Procurador Federal criada pela Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, integram quadro próprio da Procuradoria-Geral Federal.

35 Cite-se como exemplos: arts.13 e 14 da Lei nº 10.480 (BRASIL, 2002) que estabelece o apoio da AGU à PGF na sua implantação e quando atrela o regime da Procuradoria Federal aos atos da Advocacia-Geral da União. Lei 13.327/2016 (BRASIL, 2016) consagra mesmas prerrogativas às carreiras jurídicas de Procurador Federal, Procurador da Fazenda Nacional, Advogado da União e Procurador do Banco Central. Art.37, §3º da Medida-provisória nº 2.229-43/2001 (BRASIL, 2001) que aplica o disposto no art. 4º da Lei no 9.028, de 12 de abril de 1995, aos membros das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil. Artigos 8-F, 11-A e 11-B da Lei nº 9.028/95 (BRASIL, 1995) que permitem que Procuradores Federais exerçam atribuições que, a princípio, estão acometidas a Advogados da União e vice-versa. Cite-se, ainda, que a folha de pagamento dos Procuradores Federais já está integrada e centralizada na AGU. Decreto nº 7.392/2010 (BRASIL, 2010a) no seu art. 30, IX abre caminho para que manutenção das estruturas físicas da PGF e suas unidades de execução fiquem a cargo da AGU. Decreto nº 7.392/2010 (BRASIL, 2010a) em seu art.1º define que Advocacia-Geral da União, cujo titular é o Advogado-Geral da União, é a instituição que representa a União, judicial e extrajudicialmente, bem como suas autarquias e fundações, por meio da Procuradoria-Geral Federal. A execução das programações orçamentárias da PGF é efetivada pela AGU. A própria formação dos Procuradores Federais é alinhada com a capacitação dos Advogados da União e dos demais servidores da AGU (Art.33, III, a) do Decreto nº 7.392/2010).

Outra regulação simbiótica da AGU e da PGF está nos arts.13 e 14 da mesma Lei nº 10.480 que estabelece o apoio da AGU à PGF na sua implantação e quando atrela o regime da Procuradoria Federal aos atos da Advocacia-Geral da União.<sup>36</sup>

De tudo isto, resulta claro que, para além de ser carreira componente da advocacia pública com base constitucional, a carreira de Procurador Federal está integrada normativamente à Advocacia-Geral da União, compondo seu sistema de modo essencial, mas que, apesar da previsão constante do art.29 do ADCT, ainda não foi prevista normativamente de modo expresse na lei orgânica da AGU, fato que instabiliza e fragiliza o sistema.

## 6 CONCLUSÃO

Como decorrência das abordagens apresentadas neste estudo, pode-se determinar que o perfil jurídico e constitucional da carreira de Procurador Federal é aquele estampado no art.131 da Constituição Federal que acolhe a Advocacia-Geral da União.

Assim, partindo-se de uma concepção sistêmica a carreira de Procurador Federal faz parte da AGU, eis que se constitui de essencial componente ao adequado funcionamento do sistema AGU com o objetivo de concretizar a adequada representação dos entes públicos federais em todas as suas dimensões temáticas.

Como carreira se insere nos mesmos mecanismos de comunicação, modos de agir, atos normativos, prerrogativas e implicações práticas aplicáveis à Advocacia-Geral da União, e que distinguem a AGU das demais carreiras jurídicas (Ministério Público, Defensoria Pública e Judiciário, entre outras). Trata-se, portanto, a procuradoria federal de componente ou órgão da mesma organização.

De outro lado, é possível afirmar que a representação jurídica de entes da administração indireta não se confunde com a própria administração indireta, não havendo qualquer pertinência ou juridicidade no raciocínio que venha suscitar que a vinculação ou integração da Procuradoria Federal à AGU implicaria suposta retirada ou diminuição da autonomia das

---

<sup>36</sup> Art. 13. A Advocacia-Geral da União dará o apoio técnico, financeiro e administrativo à Procuradoria-Geral Federal na sua fase de implantação.

Art. 14. O Advogado-Geral da União editará os atos necessários dispendo sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Procuradoria-Geral Federal, bem como sobre as atribuições de seus titulares e demais integrantes.

entidades autárquicas e fundacionais. Ao contrário, essa vinculação já existe e é constitucional (art.29 do ADCT e art.131 da CF) com ganhos para a administração pública federal.

Tudo isso para avaliar que a integração fática e normativa da carreira de Procurador Federal à AGU deve ser retratada na própria Lei Orgânica da AGU, de modo a concretizar, de modo atualizado, a original previsão constitucional estampada no art.29 do ADCT. Nessa perspectiva, a integração normativa em lei complementar única, como visto, além de processo natural, contribui fortemente para o aperfeiçoamento da Advocacia Geral da União enquanto instituição constitucional que engloba todas as carreiras da advocacia pública federal, imprimindo eficiência na representação jurídica do Brasil.

## REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Exposição de Motivo nº 00043/2016* AGU.Brasília, 19 de Dezembro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/ExpMotiv/AGU/2017/43.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/AGU/2017/43.htm)>. Acesso em: 16.maio 2019.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *PGF em números*, 2015. Disponível em: <[file:///C:/Users/ADM/Downloads/pgf\\_em\\_numeros\\_2015%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ADM/Downloads/pgf_em_numeros_2015%20(2).pdf)> . Acesso em 15 mar. 2018.

AZEM, Guilherme Beaux Nassif. *A carreira de procurador federal e a Procuradoria-Geral Federal: Breves Considerações*. Brasília, Governo Federal/AGU, 2014. Disponível em: <[agu.gov.br/page/download/index/id/680271](http://agu.gov.br/page/download/index/id/680271)>. Acesso em 15 mar. 2018.

BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. Programa Minha Casa Minha Vida e a colisão entre direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 1, p.51-76, 2013.

BRASIL. Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995: *Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19028.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19028.htm)>. Acesso em: 16 de maio 2019.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2229-43.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2229-43.htm) . Acesso em 16 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Lei no 10.480, de 2 de julho de 2002: *Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDAA, cria a Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10480.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10480.htm)>. Acesso em: 16 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.269, de 21 de junho de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12269.htm)>. Acesso em 16 mai 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010a: *Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm)>. Acesso em: 16 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.327, de 29 de julho de 2016: *altera a remuneração de servidores públicos; estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera os requisitos de acesso a cargos públicos; reestrutura cargos e carreiras; dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações; e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13327.htm)>. Acesso em: 16 maio 2019.

CAMARA DOS DEPUTADOS. *PLP 337/2017*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122125>>. Acesso em: 15 mar. 2018

CAMARA DOS DEPUTADOS. *Constitution of the Federative Republic of Brazil de 1988*, 2009. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/english/brazilian-constitution-2>>. Acesso em: 16 maio 2019.

CONJUR. *Afronta Constitucional: STF proíbe criação de cargos jurídicos em autarquias e fundações públicas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-28/stf-proibe-criacao-cargos-juridicos-autarquias-fundacoes>> . Acesso em: 16 mar. 2019.

EL PAIS. *Projeto que fortalece Advocacia Geral da União abre batalha jurídica*. 02 de agosto de 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/26/politica/1501083503\\_970868.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/26/politica/1501083503_970868.html)>. Acesso em: 16 maio 2019.

FREITAS, Marcelo de Siqueira. Defesa do CADE: Procuradores das autarquias respondem à AGU. *Revista Consultor Jurídico*, 4 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-04/procuradores-autarquias-tambem-responder-agu>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça, estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coords.), Belo Horizonte: Forum, 2009.

GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. Advocacia de estado, administração pública e democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas. In: *Democracia, Direito e Gestão Pública: textos para discussão*. ANTERO, Samuel A.; SALGADO, Valéria Alpino Bigonha (Orgs.). Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais – IFCI / Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG / Editora IABS: Brasília-DF, 2012.

LIEBER, Renato Rocha. *Teoria dos sistemas*. 2006. Disponível em: <<file:///C:/Users/ADM/Downloads/TeoriadeSistemas.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2019.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general*. Tradução de Silvia Pappé y Brunhilde Erker, Coord. Javier Torres Nafarrate, Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

\_\_\_\_\_. *La realidad de los medios de masas*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, Mexico: Universidad Iberoamericana, 2000.

\_\_\_\_\_. *La sociedad de La sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, México: Editorial Herder/Universidad Iberoamericana, 2007.

\_\_\_\_\_. *Introdução à teoria dos sistemas: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate*, Tradução de Ana Cristina Arantes, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: RT, 1973.

MOREITA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Provimento No. 114/2006: *Dispõe sobre a Advocacia Pública*. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/114-2006>>. Acesso em: 16 maio 2019.

ROCHA, Leonardo Vasconcellos. A inexistência de afronta à autonomia de autarquias e fundações públicas federais em face da criação da Procuradoria-Geral Federal. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 05 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51153&seo=1>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. *Gestión organizacional: elementos para su estudio*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-STF. *Informativo semanal nº 395*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI%204449&numero=935&pagina=1&base=INFO>> . Acesso em: 16 abr. 2019.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. Procuradoria-Geral Federal: histórico e evolução. In: *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coords.), Belo Horizonte: Forum, 2009.